



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ  
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS  
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN:

DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES

Título del trabajo de tesis  
"Proporcionalidad y Detención Preventiva"

Nombre del estudiante. Juan Carlos Cerezo Cédula. 8-442-926

**Miembros del Jurado:**

**Calificación que le otorgan:**

- a. Dr. Carlos Muñoz Pope (Director)
- b. Mqter. Eliécer Pérez
- c. Mqter. Adolfo Mejía

95  
95  
95  
95

**Nota Final Promedio:**

**Observaciones Generales**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**Firmas de los miembros del jurado:**

a. [Firma]  
b. [Firma]  
c. [Firma]  
[Firma]  
Firma del coordinador del programa

[Firma]  
Firma del representante de  
Vicerrectoría de Inv. y Postgrado

Juan C. Cerezo  
Firma del estudiante

[Firma]  
Firma del Decano  
Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas

Fecha 31/5/12

**UNIVERSIDAD DE PANAMÀ  
VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**PROPORCIONALIDAD Y DETENCIÓN PREVENTIVA**

**JUAN CARLOS CEREZO CASTILLO**

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRIA  
EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**PANAMÀ, REPÚBLICA DE PANAMÀ**

**2012**

## INDICE GENERAL

Dedicatoria

Agradecimiento

Abreviatura

Resumen

1

Summary

### **CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN.....4**

|   |    |
|---|----|
| I Antecedentes del problema             | 10 |
| II Formulación del problema .           | 11 |
| III Justificación del problema          | 12 |
| IV. Alcance o delimitación del problema | 13 |
| V. Objetivos generales y específicos    | 14 |
| VI. Hipótesis de investigación.         | 14 |

### **CAPITULO 2: MARCO TEORICO**

|   |    |
|---|----|
| I Referencia conceptual.  | 17 |
| II La Detención Preventiva como Medida Cautelar.  | 19 |
| III Generalidades   | 22 |
| IV Origen del Principio de Proporcionalidad   | 21 |
| V Contenido del Principio de Proporcionalidad en Sentido Amplo o<br>Prohibición de Exceso | 30 |
| 1 Principio de Idoneidad .  | 30 |
| 1 1 Exigencias del Principio de Idoneidad   | 33 |
| 1.1 1 Adecuación Cualitativa  |    |
| 1.1 2 Adecuación Cuantitativa.  | 35 |
| 1 1 3 Adecuación en la determinación del ámbito subjetivo                                 |    |

|  |     |
|--|-----|
| 2 Principio de Necesidad   | 37  |
| 2 1 Pnncipio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos Protegidos  | 40  |
| 2 1 2 Principio de Intervención Mínima   | .41 |
| 2 1 3 Principio de Subsidiaridad   | 42  |
| 2 1 4 Pnncipio de Fragmentariedad  | 43  |
| 3-Principio de Proporcionalidad en Sentido Estncto   | 44  |
| VI. Presupuestos del Principio de Proporcionalidad.  | 44  |
| 1 Principio de Legalidad   | 48  |
| 2 Principio de Justificación Teleología  | 49  |
| VII Requisitos Extrínsecos de la Proporcionalidad relativos al Juez<br>de Garantía en la restricción de Derechos Fundamentales | 49  |
| 1 Judicialidad   |     |
| 2 Motivación.  | 50  |

### **CAPITULO 3: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL**

|   |      |
|---|------|
| I Concepto de Medida Cautelar .                             | 57   |
| II Presupuestos para decretar la Medida Cautelar            | 58   |
| 1 Fumus Bonis Iure  |      |
| 2. Periculum In Mora  | 60   |
| III Criterios de Aplicación de las Medidas Cautelares       | .61  |
| 1 Criterio de Proporcionalidad                              |      |
| 2 Criterio de Adecuación.                                   | 62   |
| 3 Criterio de Necesidad                                     | . 63 |
| 4 Criterio de Motivación                                    | .64  |
| 5. Criterio de Subsidiaridad                                | .65  |
| 6. Criterio de Urgencia                                     |      |
| 7 Criterio de Sumanidad                                     |      |
| 8 Criterio de Ausencia de Contradicción                     | 66   |
| 9 El pnncipio de Proporcionalidad respecto de otras medidas | 67   |

|  |    |
|--|----|
| IV Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado                           | 71 |
| V Extractos Junsprudenciales sobre proporcionalidad al decretar Medidas cautelares | 91 |

#### **CAPITULO 4: MARCO METODOLOGICO**

|                                       |      |
|---------------------------------------|------|
| I Tipo de Investigación.              | 101  |
| II Sujetos o Fuentes de Información   | 102  |
| III Variables                         | 103  |
| 1 Definición Conceptual               |      |
| 2. Definición Operacional.            | .104 |
| 3 Definición Instrumental.            | 105  |
| 4 Descrpcción de los Instrumentos     |      |
| 5 Tratamiento de la Información       |      |
| 6. Análisis e interpretación de Datos | 106  |

#### **CAPITULO 5: ANÁLISIS Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD VS LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN PANAMÁ**

|  |            |
|--|------------|
| I Regulación Constitucional y legal del Pncipio de Proporcionalidad.                                 | . 113      |
| II La Importancia del Pncipio de Proporcionalidad en la aplicación de las Medida Cautelares Personal | 118        |
| III. La figura del Juez de Garantía en la aplicación de la Proporcionalidad                          | 120        |
| IV. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales versus la Detención Preventiva                         | 126        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>130</b> |
| <b>RECOMENDACIONES</b>   | <b>133</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>135</b> |

## **Dedicatoria**

A mis padres **Claudia Castillo y Juan Cerezo Alba** que han compartido su amor, humildad, sencillez, enseñanzas y valores que me han permitido lograr esta meta tan anhelada A mi hermano **Luis Carlos Cerezo** y mi sobrina **Natalie Nicole Cerezo Jaramillo** por su alegría que me hace seguir adelante

A mi tío el Dr. Jorge Isaac Iglesias Cerezo (Q. e. p. d.) ex Magistrado y Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Panamá por sus enseñanzas cuando yo aún era estudiante universitario

## **Agradecimiento**



**A Dios le doy gracias por cada día de vida que nos ofrece y en especial por permitirme culminar este sueño en mi vida profesional**

**Al Dr Carlos Enrique Muñoz Pope por el apoyo brindado para la elaboración de esta investigación a nivel de postgrado y por sus enseñanzas a lo largo del programa de Maestría en Ciencias Penales**

## **ABREVIATURAS**

|  |     |
|--|-----|
| BVerfG (Tribunal Constitucional Alemán)                      | 28  |
| CPP (Código Procesal Penal de Costa Rica)                    | 66  |
| CP (Código Penal)  | 76  |
| MP (Magistrado Ponente)                                      | 78  |
| CPPNA (Código de Procedimiento Penal de la Nación Argentina) | 80  |
| CIDH (Corte Internacional de Derechos Humanos)               | 88  |
| DIJ (Dirección de Investigación Judicial)                    | 131 |

## RESUMEN

La presente investigación de postgrado es de tipo descriptivo, me permite evaluar ciertas características en situaciones particulares analizando los datos reunidos para determinar las variables relacionadas entre sí, además de recopilar y presentar sistemáticamente los datos para brindar una idea precisa de la problemática referente a la imposición de la medida cautelar sin aplicar el Criterio de Proporcionalidad. La investigación también utiliza el método experimental, a través del cual se buscan nuevos conocimientos o la verificación del conocimiento ya existente. Este método permite acceder a un grupo humano para conocer su reacción, efectos y hacer una medición sobre el fenómeno de investigación. Entre las fuentes utilizadas en esta investigación podemos señalar entre otros documentos jurídicos, revisión de material bibliográfico entre otros y fuentes humanas constituidas por sujetos que fueron medidos directamente a través de una encuesta, los cuales me ofrecieron información relacionada con la presente investigación. En ese sentido, la población consistió en abogados litigantes, defensores de oficio, Jueces y Magistrados del Tribunal Superior y funcionarios del Ministerio Público y personas de la comunidad. Entre los resultados obtenidos en el presente trabajo está que todos coincidieron en manifestar que en la Constitución no se encuentra regulada de manera taxativa el Principio de Proporcionalidad a fin de preservar la garantía y los derechos fundamentales del individuo frente a la persecución penal del Estado. Que los actuales Códigos Penales y Proceso Penal sí regulan el tema del Principio de Proporcionalidad pero de una manera superficial señalando que la imposición de penas y medidas de seguridad responderán entre otros a este principio objeto de nuestro estudio. En mi estudio pretendo demostrar que aún con la vigencia de dos novedosos Códigos seguirá existiendo la subjetividad y la discrecionalidad y las solicitudes de aplicación de detención preventiva sin justificación o sin que existan pruebas relacionadas entre la causa investigada y la participación del sujeto. Analizaremos el contenido del Principio de proporcionalidad, los sub-principios en que la doctrina los divide aspectos tales como proporcionalidad vs discrecionalidad, el Principio de Proporcionalidad como contenido material, valorativo y ponderativo. La figura del Juez de Control de Garantías y sus facultades para aplicar medidas restrictivas que afectan derechos fundamentales de los individuos.

## Summary

This graduate research is descriptive, it allowed me to know certain characteristics of legal situations in which there is a conflict of interest, first criminal prosecution of the State to implement the substantive criminal law case and the other the fundamental rights of individuals subject to prosecution. Analyzing the data collected to determine the variables related to each other, gathering data can provide a better idea of the problems concerning the imposition of measures restricting freedom of discretion without applying the proportionality test. The research also used the experimental method, which is seeking new knowledge or verification of existing knowledge. This method provides access to a group of people for their reaction, measurement effects and do research on the phenomenon. Among the sources used in this research we can point to, among other legal documents, review of library materials and human sources constituted by subjects who were measured directly through a survey, which provided information regarding the investigation. In that sense, the population consisted of trial lawyers, public defenders, judges and magistrates of the High Court and the Public Ministry officials and members of the community. The results obtained in this work is that the vast majority indicated that there is no constitutional provision or rule to regulate exhaustively the Principle of Proportionality as a parameter to limit the defense or the security and fundamental rights of the individual to criminal prosecution the state. That the current Code, the Penal and Criminal Procedure do regulate the principle of proportionality but in a superficial manner indicating that the imposition of penalties and security measures and others will respond to this first object of our study. With my thesis I intend to show that even with the existence of two novel codes, there is room for measures restricting the freedom required by the prosecutor or declared by the judge of Warrant Control, because the margin of subjectivity and discretion in their application allow it. Our research is structured into five chapters; the first of these refers to the background, problem formulation, objectives and hypothesis to solve the conflict of interest and that of the weight of them, a second chapter where we will analyze the context Conceptual Principle of Proportionality, its origin, content, budgets and requirements, a third chapter on its application to the measure, fourth chapter which deals with the methodological framework and the fifth chapter concerning the analysis and application of the Principle of Proportionality vs. preventive detention in our country.

## **CAPITULO I: INTRODUCCIÓN**

La presente investigación ha sido titulada Proporcionalidad y Detención Preventiva, la cual tiene por objeto el estudio concreto del Principio de Proporcionalidad como límite al Ius Puniendi frente a la Detención Preventiva que se decreta sin la observancia de este criterio

Ante la ausencia de una expresa manifestación del principio de proporcionalidad en nuestra Carta fundamental es menester examinar la problemática de la identificación del punto desde dónde el cual surge aquella llamada de las directrices axiológicas supremas de nuestro ordenamiento jurídico, para exigir que entre el delito y la correspondiente pena, rija una determinada relación de proporcionalidad, y de ser así, determinar cómo es posible que se pueda fundamentar su presencia y operatividad dentro del sistema penal panameño

Con la reciente promulgación del Código Procesal penal se incorporan principios que tienden a garantizar el respeto de los Derechos Fundamentales de las personas involucradas en un proceso penal, entre los cuales esta el de Proporcionalidad lo cual en mi opinión es insuficiente en virtud de se continua decretando medidas restrictivas de la libertad como la detención preventiva, vulnerando derechos fundamentales prueba de esta afirmación son las decisiones judiciales emitidas por nuestro máximo Órgano de Justicia

A las personas se les reconoce una serie de derechos frente al Estado que revisten el carácter de fundamentales y devienen en irrenunciable. Estos derechos son importantes para el Estado Democrático de Derecho que no sólo el Estado debe respetarlos, sino que debe garantizar la observancia de los mismos por parte de todos los miembros de la comunidad.

Las críticas que a diario se le formulan al sistema de ejecución penal o penitenciario, por la duración excesivamente prolongada de medidas cautelares de manera provisional, evidencian la práctica reiterada de la imposición de la detención preventiva como interés de la persecución penal del derecho material.

Cabe preguntarse en estos momentos de reformarse la Constitución Nacional estableciendo de manera taxativa la obligatoria observancia de criterios y Principios como el de Proporcionalidad, de gran aceptación doctrinal y ensayado por ilustres tratadistas en el ámbito penal y procesal penal, como límite al ius puniendi del Estado, se logrará la realización de una ponderación muy exhaustiva a fin de evitar los excesos y establecida la referida obligatoriedad de observancia de el Principio de Proporcionalidad se logrará que solo por vía de excepción se utilice la detención preventiva como última ratio o carácter subsidiario para concretizar los fines del proceso penal.

Proponiendo respuesta a las interrogantes formuladas, consideramos que de elevarse a rango constitucional la obligatoria observancia de tomar en consideración los criterios y los principios de proporcionalidad se evitará

imposición de medidas cautelares restrictivas de la libertad que no atiendan a preservar las garantías fundamentales.

Su inobservancia trae como consecuencia anticipar una pena de prisión que no ha sido proferida por un tribunal competente, predeterminado por ley y respecto a las garantías fundamentales inherentes a todo Estado Constitucional de Derecho.

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se enge en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal del Estado, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesana y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del imputado en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del presunto hecho delictivo objeto de la instrucción penal, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.

En el enfoque de esta investigación se destaca la funcionalidad del Principio de Proporcionalidad en lo que respecta a la tipicidad del hecho, la antijuridicidad y a las consecuencias jurídicas de la pena y la imposición de una medida cautelar que debe responder a la necesidad de perseguir penalmente los hechos imputados a una persona, pero sin dejar de lado que responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.



Considero de suma importancia dejar en claro que este es un tema de altísima relevancia, no solo a nivel nacional sino que también a nivel mundial, los estudiosos del derecho penal han vuelto sus ojos hacia la mirada de este principio y a los problemas que esta causando su vulneración, a los “fines de la pena” y a la categoría esencial de principio rector, fundamental y orientador de todo el sistema penal.

Superados en parte los problemas de “legalidad”, resulta imperioso y urgente poner en el tapete de la discusión este problema que en el ámbito jurídico se continua observando pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales la Sala Penal o el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al resolver acciones constitucionales de Habeas Corpus sustituyen la detención preventiva por una medida proporcional y necesaria según el proceso sometido a su consideración

Nos hemos preocupado porque el desarrollo del tema sea en un lenguaje sencillo, pero con un riguroso análisis crítico, que la exposición de este trabajo investigativo responda a una metodología basada en lo teórico y en la práctica, haciendo referencia en lo posible al fundamento legal que sirve de sustentación a nuestros argumentos, la regulación constitucional de este principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado en donde es apreciable que en algunas legislaciones no esta consagrado taxativamente pero se desprende de otros principios insertos en la carta constitucional.

Sin duda alguna, hemos tomado en cuenta las opiniones doctrinales de insignes tratadistas, plasmadas en artículos, ensayos, monografías y textos especializados y en general que represente la fuente bibliográfica del presente estudio, no obstante espero que sirva como una guía académica que ayude a la comprensión y necesidad de aplicabilidad del principio

Nuestro trabajo investigativo consta de cinco capítulos, el primero destacamos el antecedente del problema, la formulación, su justificación, el alcance o delimitación, los objetivos y la hipótesis. En un segundo capítulo que contiene el marco teórico abordando su origen y desarrollo del Principio de Proporcionalidad, sus generalidades conceptuales, el contenido del Principio de Proporcionalidad en Sentido Amplio y en Sentido Estricto, sus requisitos intrínsecos y extrínsecos. En el tercer capítulo las Medidas Cautelares, los presupuestos jurídicos para que la pueda decretar el Juez de Garantías, los criterios para su aplicación, su regulación en el Derecho Comparado y recientes pronunciamientos jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema de Justicia al resolver recursos de Habeas Corpus. El cuarto capítulo regula el marco metodológico y un último capítulo atinente al análisis y la aplicación del Principio de Proporcionalidad frente a la Detención Preventiva.

La información recopilada y analizada, metodológicamente, nos ha permitido corroborar la hipótesis planteada, razón por la cual hemos alcanzado satisfacer de forma plena los objetivos previstos.

En definitiva, la posición de elevar a rango constitucional el Principio de Proporcionalidad con la finalidad de que este regulado de forma taxativa y sea obligatoria su observancia tanto para decretar medidas cautelares como la Detención Preventiva y la imposición de penas o medidas de seguridad para los operadores de justicia

## **I. ANTECEDENTE DEL PROBLEMA**

Actualmente en el ejercicio profesional de abogado en el ámbito penal, me he percatado que un gran número de resoluciones expedidas por funcionarios de instrucción son impugnada e inclusive son objeto de interposición de la acción constitucional de Habeas Corpus, son revocadas debido a que el gente de instrucción no puede justificar la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de la medida cautelar decretada y la cual deviene en excesiva frente a las piezas procesales probatorias acopiadas en el dossier penal, evidenciando la falta de observancia del Principio de Proporcionalidad al momento de aplicar una medida restrictiva de la libertad a la situación procesal de una persona que es objeto de una investigación penal

Es aquí, donde tendrá suma importancia insertar de forma taxativa en nuestra Constitución Nacional una disposición que consagre la obligatona observancia del Principio de Proporcionalidad, como principio valorativo, ponderativo y de contenido material por parte de los órganos que administran justicia

Es inconcebible que para decretar una medida de detención preventiva no se ponderen aspectos como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida a tomar, ya que paralelo al fin de persecución penal del derecho material

esta la debida observancia y respeto de las garantías fundamentales del individuo imputado por un delito.

## **II.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

El problema objeto de nuestra investigación, se encuentra muy vinculado no solo al derecho penal, sino que también al constitucional y es claro la Constitución es la norma fundamental de todo ordenamiento jurídico, por consiguiente todas las normas jurídicas y poderes públicos, deben someter su actuación a ella. El tema de la intervención penal, no sólo encuentra su fundamento en la carta fundamental, sino que también encuentra sus límites, tanto en ella como en otras normas, por lo cual la inclusión de los criterios para aplicar el Principio de Proporcionalidad es necesaria y urgente.

El problema de la proporcionalidad lo enmarcamos entonces, dentro de los límites al ius puniendi y a la Política Criminal que cada Nación adopte, como criterio a seguir en contra de la criminalidad, modelo que define tanto los fines de la pena, así como el respeto o no por los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

El nuevo Código Procesal Penal patrio establece requisitos para decretar las medidas cautelares restrictivas de la libertad, sin embargo, persiste a mi criterio la problemática, debido a que la detención preventiva decretada en el

proceso penal esta orientada en principio, a permitir a los órganos del Estado la satisfacción de los fines del Derecho Penal material dando de este modo respuesta al interés de persecución penal y que es radicalmente opuesta al ius libertatis

Enmarcado así el análisis, es viable y procedente considerar que si el interés de persecución penal por parte de los órganos del Estado justifica una detención preventiva, también establecerse que el Estado tiene la obligación de ponderar y valorar el respeto de intereses y garantías constitucionalmente protegidos como la libertad individual a través de la obligatoria observancia de criterios para aplicar el Principios de Proporcionalidad

### **III.-JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA**

Cabe señalar que se justifica el análisis del problema para determinar si la excesiva utilización de la detención preventiva que solo se debe aplica por vía de excepción, se sustenta en el hecho de hay que garantizar supuestamente los fines del proceso penal, por lo cual no se justifica desatender los criterios de aplicación del Pnncipio de Proporcionalidad, por tanto se demuestra la necesidad de su inserción en la Constitución y su obligatoria observancia como freno para procurar el respeto a los derechos fundamentales

#### **IV.-ALCANCE O DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

El estudio se limita a la revisión de textos jurídicos relacionados con el principio de proporcionalidad, además usando el método de medición denominado encuesta, tomaremos en consideración la opinión de particulares, abogados litigantes en el área penal, defensores de oficio, funcionarios del Ministerio Público y del Órgano Judicial en cuanto a la percepción que poseen respecto a si en la práctica cotidiana la gran mayoría de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la Corte Suprema, Tribunales Superiores y juzgados ya sea de Circuito o Municipales, se fundamentan en los criterios de aplicación del Principio de Proporcionalidad o por el contrario, se evidencia por un lado que las medidas cautelares decretadas son excesivas y son sustituidas por una que sea necesaria, idónea y proporcional según las constancias procesales y pruebas debidamente incorporadas al expediente, así como también se revisará la jurisprudencia nacional y extranjera

El aspecto primordial que me interesa de este tema es estructurar una solución debidamente sustentado en el marco institucional que establezca de forma taxativa en la ley que solamente se decretar medidas restrictivas de la libertad corporal basadas en pruebas incorporadas al proceso y que demuestren de forma categórica la autoría o la participación criminal de forma clara, que no exista margen a la subjetividad del operador de justicia basadas en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

## **V-OBJETIVO GENERAL**

Es elevar a rango constitucional la obligatoria observancia del Principio de Proporcionalidad en la aplicación de la medida cautelar, al imponer la pena de prisión o medida de seguridad. Que exista un juicio valorativo y ponderativo de los intereses en conflicto, con todas las garantías legales permitiendo el derecho de defensa y garantizando la tutela judicial efectiva

## **VI.-OBJETIVO ESPECÍFICO**

Es que los agentes de instrucción y posteriormente el Juez de Control de Garantías, apliquen la detención preventiva como última ratio o medida y se observe los criterios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad al momento de aplicar una medida restrictiva de la libertad corporal de todo individuo, respetando la presunción de inocencia

## **VII.-HIPOTESIS**

La solución al problema de investigación delimitado será consagrar en la Constitución Nacional y en la ley ordinaria la obligatoriedad observancia de los criterios para aplicar principio de Proporcionalidad con la finalidad de lograr una justicia más justa y evitar los excesos mediante la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales



No existiendo margen a la subjetividad y con el nuevo sistema penal acusatorio debe desaparecer esa práctica reiterada de aplicar la medida cautelar de la Detención Preventiva que es la última como si fuese la primera

## **CAPITULO SEGUNDO: MARCO TEÒRICO**

## I. REFERENCIA CONCEPTUAL

La primera aproximación a un concepto jurídico debe efectuarse desde el plano del simple lenguaje común, para de esta manera poder adentrarnos en el significado científico del término por estudiarse. Así las cosas, por principio se tiene presente entre otras cosas, “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta

Por principio jurídico, debemos entender que es aquella norma no legal supletoria de esta y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de parte de jurisconsultos y Tribunales de Justicia

Con el término “proporcionalidad” se designa a la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí. En el Derecho Penal moderno, de corte garantista, debe prima facie, medirse el derecho a castigar del Estado y contraponerlo a los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, ya que el Derecho Penal en un Estado de derecho, debe partir del presupuesto de que es la medida extrema como mecanismo de control social, que de aplicarse sólo en casos excepcionalmente graves y respetando en todo momento la integridad de las libertades del ser humano sometido a un proceso penal

Por Principio de Proporcionalidad se entiende aquella regla de conducta que obliga a los jueces penales a mantener un balance equitativo entre el ius Puniendi estatal y los derechos fundamentales de las personas <sup>1</sup>

Proporcionalidad penal o en el ámbito penal debe entenderse que la aflicción que la pena impuesta origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos socio personales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afectación del bien jurídico tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente, es por lo que la regulación de la proporcionalidad penal en el artículo 6 de nuestro actual Código Penal, establece que la imposición de penas responderá a los postulados de proporcionalidad.

Según Aguado Correa el Principio de Proporcionalidad en el ámbito Procesal Penal se debe a la confrontación entre el individuo y el Estado, que tiene lugar en el seno del proceso penal y la consiguiente lesión de derechos fundamentales, tales como la libertad personal, secreto de las comunicaciones honor, inviolabilidad del domicilio. Tales restricciones no se justifican si no es en orden a la consecución de los fines que persigue el ejercicio del ius Puniendi del Estado <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> (p e Fallas (1998)

<sup>2</sup> (p e Aguado (1999))

A diferencia de algunos países del mundo que he consultado, nuestro país si cuenta actualmente con una ley Procesal Penal que regula de cierta forma los supuestos, criterios y condiciones generales en la relación procesal para que pueda establecerse o decretarse una medida restrictiva de la libertad

Pienso que la presunción de inocencia en cierta medida tiene que ser compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, ya que una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente con un fin cautelar, más bien conllevaría un carácter punitivo con exceso, por tanto es importante aplicar la proporcionalidad al momento de decretar la medida restrictiva de la libertad

## **II. LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR**

La Detención Preventiva es el estado de privación de la libertad impuesto al procesado por orden del Juez competente durante la tramitación de la causa y siempre que se le atribuya un delito reprimido con pena privativa de libertad para asegurar el fiel ejercicio de la función represiva

Es la medida de coerción procesal penal de carácter personal por antonomasia. Es la afectación más o menos prolongada de la libertad personal del acusado-inocente durante el desenvolvimiento del trámite procesal, con fines preventiva de la eficaz consecución de los dos fines esenciales del proceso penal: a)- el descubrimiento de la verdad histórica, b)- la actuación de la ley penal sustantiva. Dicha medida de coerción procesal es por definición cautelar y subsidiaria, vale decir, solo ligada al proceso y desvinculada de cualquier valoración de mérito sobre el fondo del asunto inculcado (inocencia-culpabilidad) y procedente sólo en caso de que no resultaran pertinentes y útiles otras medidas cautelares menos lesivas e igualmente eficaces.

La detención Preventiva no puede perseguir objetivos del Derecho Penal Material y que las medidas de coerción personal restrictivas o privativas de la libertad sólo pueden tener como exclusivo propósito. La Detención Preventiva no puede por lo tanto asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena.

La detención preventiva es una medida cautelar, de carácter procesal penal, en virtud de la cual se priva de libertad a una persona mientras se cumplen las diligencias de instrucción del proceso seguido en su contra o se

recaban elementos de juicio más completos y objetivos sobre la imputación que se le ha hecho como participante en un delito <sup>3</sup>

La Detención Preventiva tiene las siguientes características a saber a)-jurisdiccionalidad en el sentido de que solo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente, b)-instrumentalidad o subsidiaridad supone que la medida cautelar no tiene un fin en si misma, apenas esta destinada a resguardar el cumplimiento efectivo del derecho, es un instrumento que asegura el resultado eficaz de la decisión final, no sirve para hacer justicia, sino asegurar su ejecución y como lógica consecuencia de la jurisdiccionalidad, está supeditada a un proceso penal en trámite Así, esta se impone dada la existencia de un proceso penal y en atención a la pena previsible que en su momento ha de adoptarse, c)-provisionalidad porque al ser la detención preventiva instrumental, es también provisional pues ambas características encuentran su fundamento en la existencia de un proceso y la necesidad de garantizar la futura efectividad de la sentencia Por otro lado, la detención preventiva no puede extenderse más allá de la vigencia del proceso, ni al nacer su fase ejecutiva, d)-Temporalidad se refiere a que la vigencia de la medida cautelar de Detención Preventiva está supeditada siempre a la tendencia del proceso principal, pues una vez que desaparecen los presupuestos o motivos que sirvieron de fuente para su adopción y ejecución, procede el levantamiento o extinción de la misma No se adoptan y ejecutan en forma indefinida, sino que tiene una duración temporal

---

<sup>3</sup> (p.e. Muñoz (1975))

### III. GENERALIDADES

El principio de proporcionalidad es quizá el límite más racional a la posibilidad de privar de libertad al imputado **MAIRE** señala que resulta "racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena"

El Principio de proporcionalidad es de naturaleza sustantiva, ligado a la noción de justicia, constituye un parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, ya que la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo lo cual se identifica con lo razonable

La razonabilidad evidente de este criterio limitativo permite reconocer "la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad"

Se trata de impedir que la situación del individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena. En consecuencia, no se autoriza el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo



Por lo demás, en los casos que admiten la privación anticipada de libertad, ésta no puede resultar más prolongada que la pena eventualmente aplicable. Si no fuera así, el inocente se hallaría, claramente, en peor situación que el condenado.

#### **IV.-ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón (Las Leyes), se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito cometido al mencionar éste las diferentes circunstancias que debe tener en cuenta el legislador al momento de aplicar la pena. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio.

Muestra de ello es la obra de César Beccaria, De los delitos y de las Penas, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor. El término necesaria se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El término infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente.

En el mismo sentido siglos después escribe Beccaria, cuando hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general, muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones esto es para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano debe ser la pena publica, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad Desde antaño se ha buscado un medio de control social mas eficaz y menos limitativo de las libertades individuales que el derecho penal, sin embargo a lo largo de su desarrollo y evolución, éste no ha podido ser reemplazado por otro medio de control mas eficaz

Podemos resumir el camino recorrido por el derecho penal en tres etapas periodo de venganza privada, de justicia pública y finalmente el humanitario. Cada uno de estos periodos define los rasgos que posteriormente vendrán a configurar el derecho penal que actualmente conocemos. En un primer momento la justicia es ejercida por la propia victima como una forma de responder por el mal del cual a sido objeto

Este periodo sanguinario se ve suavizado en parte por la ley del Talion, que signífico un gran avance en materia penal, ya que se limito la sanción a imponer, al nivel del daño producido, limitándose los excesos de la venganza

Podemos sostener que fue precisamente esta nueva forma de ver la justicia, la que signífico uno de los grandes avances en el derecho penal, ya que el principio de proporcionalidad de las penas encuentra su antecedente histórico en este "*Ojo por ojo, diente por diente*", al no poder exceder la sanción al daño efectivamente infligido. Por ultimo y con la llegada del derecho canónico, se le asigna a la pena, hasta entonces, meramente expiatoria, un fin de corrección y enmienda del penado.

Con la llegada del periodo humanitario la ciencia penal se fue desarrollando y transformando paulatinamente en lo que hoy conocemos. De gran ayuda fue la contribución de Beccaria, sobre todo en lo que respecta a la investigación y estudio del Principio de Proporcionalidad, su aporte en la sistematización y reconocimiento de este principio como limitador al ius puniendi sigue siendo reconocido y es precisamente en base a su pensamiento que autores posteriores han recogido la trascendencia de éste.

Posteriormente este principio se visualizo como un principio estructural que constituía un avance humanizador del derecho, por lo que se extendió a todas sus áreas y lógicamente cobró gran importancia en el derecho penal, al

darse cuenta los legisladores que éste debía ser aplicado igual y primordialmente a los delitos y a las penas.

El principio actúa entonces, en primer lugar como un límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales, es además una de sus principales características y uno de sus principios estructurales, ya que sirve tanto para interpretar la norma penal, como para onentar la política criminal del Estado

El principio de proporcionalidad su desarrollo como principio constitucional con trascendencia en el proceso penal ha sido obra de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación de la República Federal Alemana

La primera alusión que se realizó en Alemania al principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del Deutscher Journalistentag, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad, conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía

Posteriormente se sucedieron esporádicas declaraciones respecto a la proporcionalidad, centradas sobre todo en las medidas coactivas dirigidas contra testigos y en la prisión provisional, pero no se planteó una discusión amplia y profunda hasta el año 1925, fecha en la que un caso espectacular, la muerte en prisión del Dr. Hoffle, conocido político fallecido en prisión preventiva a causa de una grave enfermedad, lo que provocó una fuerte polémica

Fue precisamente en el marco de esta controversia donde **Kohlrausch** propuso la conveniencia de incorporación en el derecho penal el Principio de Proporcionalidad propio del derecho administrativo, aunque de modo parcial y matizado, que en su opinión se debía conceder a los jueces la discrecionalidad suficiente para apreciar a los intereses en conflicto sometiendo dicha discrecionalidad a una directriz de proporcionalidad, orientada según los fines de la ley, confiada a su criterio y por tanto no revisable; todo ello con el fin de evitar el sacrificio innecesario de importantes intereses individuales en la adopción de la Prisión Provisional

En el plano jurisprudencial el principio encontraba también acogida por aquellas fechas en relación con el registro domiciliario, las intervenciones corporales y con la utilización de las armas de fuego por la policía, reclamándose en todos estos casos, en su práctica, una razonable proporción entre la gravedad de la injerencia y los fines perseguidos

La justificación dogmática del principio de proporcionalidad no se determinó con claridad hasta que no comenzó a extenderse la idea, tras la Segunda guerra Mundial, de que las normas procesales penales debían ser limitadas desde fuera de ellas mismas, a través de los principios generales y los valores contenidos en la constitución en consonancia con la tendencia observable en todo el Derecho Constitucional

En opinión de Torío López, el segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, se dio en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto

Tradicionalmente se ha considerado como un límite impuesto a las potestades de la Administración en la adopción y ejecución de actos administrativos, límite cuya complejidad radica en el hecho de hallarse contenido en un concepto jurídico indeterminado (proporcionalidad), que a su vez es utilizado como instrumento de profundización en el control judicial del ejercicio de las potestades administrativas discrecionales

Tras la consagración del principio de legalidad en el derecho administrativo y el sometimiento de la actividad de la administración al control jurisdiccional, era necesario contar con instrumentos que permitiesen en todo momento impedir que el Poder Ejecutivo se desviara de su actuación conforme a los fines de la Ley o que en el ejercicio de sus funciones, aun siendo adecuado en relación con dichos fines, resultara excesivamente gravoso para los derechos de los ciudadanos, y ello incluso cuando la administración se encontrara autorizada para desplegar potestades excepcionales

En el derecho administrativo de los países de nuestro entorno, en mayor o menor medida, con diversos fundamentos y apoyo en la legislación y con aplicación técnica distinta, el principio de proporcionalidad se recoge en la jurisprudencia y por la doctrina, especialmente dentro del sector de la actividad de policía

Destaca González Cuellar en primer lugar, el reconocimiento del principio efectuado en la República Federal Alemana y Suiza, donde se considera una derivación del principio constitucional de prohibición de exceso y donde juega un papel importantísimo en relación con las restricciones de los derechos fundamentales provocados por la actividad administrativa <sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> (p e González-Cuellar (1990) )

Según Ferrajoli, citado por Aguado Correa, sostiene que aun cuando su origen se remonta a la antigüedad, el principio de proporcionalidad sólo se pudo afirmar en la época de la ilustración, cuando maduraron el resto de los demás presupuestos del derecho penal moderno, es decir, la legalidad, la certeza, la igualdad y específicamente calculabilidad y mensurabilidad de las penas <sup>5</sup>

Definitivamente como lo ha escrito Claus Roxin a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán (BVerfG) sobre el principio de proporcionalidad, se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a un altura jamás alcanzada (a pesar de la merma de seguridad jurídica), han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador a debido doblegarse a ello”

El Principio de Proporcionalidad surgió en el derecho administrativo de policía como técnica para controlar los poderes discrecionales de la Administración para pasar a impregnar y convertirse en Alemania en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho y recibe de manos del Tribunal Constitucional alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de “principio

---

<sup>5</sup> (p e Aguado (1999))



constitucional”, al mantener que máximas constitucionales que, como es el caso, no se encuentran expresamente escritas

El llamado principio de proporcionalidad básicamente es resultado de una orientación doctrinal y jurisprudencial, por obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana.

El criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos, supone como medio de protección de los derechos fundamentales de la persona, fijar límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses generales que aquél debe perseguir y los intereses básicos de los individuos o grupos que sólo excepcional, taxativa y fundadamente pueden ser lesionados <sup>6</sup>

Ciertamente, el principio de proporcionalidad no es algo nuevo, puesto que ya fue objeto de consideración por autores como **Beccaria** o **Montesquie**, entre otros, al hablar de la necesaria proporción que debía mediar entre delitos y penas y por la otra parte, dicho principio se plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo artículo 8 se proclamaba que “la Ley no debe establecer entre otras cosas penas que las estrictas y evidentemente necesarias” <sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> (p e Pedraz y Ortega (1990))

<sup>7</sup> (p e Aragüefla (1991))

## **V.-CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO**

En la actualidad considera la doctrina y la jurisprudencia que el principio de proporcionalidad, coincidente con la prohibición de exceso, se descompone en tres sub-principios los cuales se conforman por el Principio de Idoneidad, el Principio de Necesidad y el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto, los cuales pasamos a su análisis a fin de adentrarnos al tema objeto de esta tesis.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se apoya en el esquema medio – fin, desde el cual pueden analizarse las medidas en relación con su finalidad, lo cual determina que la comprobación del cumplimiento de las exigencias propias del principio de proporcionalidad debe comenzar con lo que serían los elementos empíricos, es decir, a los principios de idoneidad y de necesidad.

### **1.- PRINCIPIO DE IDONEIDAD**

El nacimiento del principio de idoneidad, eficacia o utilidad se sitúa con Von Liszt, apareciendo posteriormente en la obra de Mayer cuando al establecer los criterios de intervención penal, exigía que el bien jurídico reuniese tres

cualidades, ser merecedor de protección, estar necesitado de protección y ser capaz de protección <sup>8</sup>

Es a partir de esta capacidad de protección cuando se puede hablar de idoneidad o inidoneidad del Derecho Penal, capacidad que habrá de valorar teniendo en cuenta todas las condiciones reales del sistema penal <sup>9</sup>

En virtud de este principio de idoneidad, el Derecho Penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos <sup>10</sup>

El principio de idoneidad exige la adecuación de la medida al fin, que sea apta para alcanzar los fines que la justifican y conforme a ellos. Constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de la adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación

---

<sup>8</sup> (p e Luzón, (1996))

<sup>9</sup> (p e Silva (1992))

<sup>10</sup> (p e Aguado (1999))

Queda excluido desde la perspectiva de la idoneidad el estudio de otras medidas que pudieran ser más eficaces, únicamente se toma en consideración si la medida es o no adecuada, sin perjuicio de la importancia que pueda alcanzar, ya sea que se trate de medidas de igual, menor o mayor eficacia que resulten menos gravosas

El principio de idoneidad, por ser un subprincipio de la prohibición de exceso en la aplicación de la medida, se concretiza en el hecho cierto de que toda medida limitativa de derechos fundamentales debe ser en principio idónea para el logro de la finalidad que se persigue, pues si carece de aptitud para alcanzar o simplemente no tiende a la obtención de los fines legalmente previstos que autorizan la restricción, ha de reputarse inconstitucionalmente

Según González Cuellar el principio de idoneidad se orienta a la investigación y comprobación de las medidas en consideración a criterios que pertenecen al campo empírico y lo mismo sucede con el principio de necesidad, en cuanto exige determinar la aptitud de las alternativas menos gravosas <sup>11</sup>

La idoneidad, dentro del esquema medio-fin, hace referencia a la causalidad del medio (causa) con relación al fin (efecto) Una medida es idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es si se aleja o dificulta o simplemente, en los casos más claros, si la injerencia no

---

<sup>11</sup> (p e Aguado (1999) )

despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin previsto en la norma

El respeto por el principio de idoneidad debe ser reclamado en el caso concreto y en la voluntad de quien decide la restricción de un derecho fundamental, lo que significa que los órganos de persecución penal no pueden proseguir una finalidad distinta de la establecida en el ordenamiento jurídico, ya que en caso contrario, es decir, si la Ley los autoriza, dicha norma sería usada como una especie de amparo para disfrazar la vulneración de derechos fundamentales

### **1.1.-EXIGENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE IDONEIDAD**

El principio de idoneidad reclama la adecuación cualitativa, cuantitativa de las medidas y la adecuación en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación

#### **1.1.1 ADECUACIÓN CUALITATIVA**

En cuanto a la adecuación cualitativa, se refiere a que las medidas deben ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos, es decir, ser idónea al momento de ser aplicada ya que toda medida procesal debe ser adecuada cualitativamente para la consecución de los fines perseguidos con la norma

La prisión provisional es una medida cautelar cuya finalidad es asegurar la ejecución de una futura sentencia de condena, impidiendo de esta manera la falta de comparecencia del imputado y a evitar obstáculos que su actividad pudiera oponer al éxito de la instrucción de un expediente.

Según el Tribunal Constitucional Español si se contempla la prisión provisional desde la perspectiva de su naturaleza de medida cautelar y desde el punto de vista de su finalidad de aseguramiento de la ejecución de la sentencia, no parece, en principio y salvo supuestos extraordinarios a los que inmediatamente aludiremos, que pueda acordarse tal medida si la pena a imponer es pecuniaria, pues resultaría inidónea para el cumplimiento del fin

Por otro lado, la doctrina mayoritaria se muestra de acuerdo en considerar la prisión provisional una medida idónea para evitar la frustración del proceso, asegurando la comparecencia del inculcado en el juicio oral, y para asegurar el éxito de la instrucción evitando el ocultamiento de pruebas.

Como señala Seetzen, citado por González Cuellar, la proporcionalidad no puede medirse simplemente en atención a la duración de la pena privativa de la libertad, pues no se trata de un principio de aplicación matemática y es necesaria la realización de una ponderación de los intereses de los ciudadanos y del Estado en el caso concreto, justificándose en ocasiones la adopción de la medida, incluso cuando la pena asignada al delito perseguido sea pecuniaria

Precisamente considera el autor citado que es aplicable en estos supuestos, el criterio de la importancia de la causa, que serviría para explicar porque es posible acordar la prisión provisional en procesos seguidos por delitos económicos castigados con pena de multa

En cualquier caso se exige la sustitución de la medida si es posible, por otras menos gravosas e igualmente se reclama el estricto cumplimiento del requisito de motivación de la observancia de las normas relativas a la motivación de la proporcionalidad de la medida

### **1.1.2. LA ADECUACIÓN CUANTITATIVA**

Una medida procesal restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada con el fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la propia finalidad que pretenda alcanzar cualquiera que sea el carácter del proceso y el fin de la medida.

La prisión provisional aunque se muestre en el caso concreto cualitativamente adecuada, conculca el principio de idoneidad y por ello resulta su aplicabilidad desproporcionada, si su duración excediera de la duración de la pena prevista para el delito imputado

En el supuesto en que la duración de la prisión preventiva sea mucho menor que la de la pena prevista, la exigencia de adecuación cuantitativa juega un rol fundamental al momento de exigir la limitación de la injerencia en la medida realmente precisa y la adecuación de la prisión provisional puede también plantearse en relación con el alcance de la limitación de aquellos derechos fundamentales que junto a la libertad ambulatoria quedan restringidos en virtud del ingreso del imputado en prisión

### **1.1.3.ADECUACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL ÀMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN**

Implica que los órganos de persecución penal no pueden someter a un conjunto indeterminado de personas a medidas restrictivas que afecten el ejercicio de sus derechos fundamentales

Es preciso que concurren determinadas circunstancias que sean la base para la realización de un pronóstico desde el cual se prevea cierta posibilidad de éxito de las injerencias. En la adopción de las medidas restrictivas de la libertad corporal las circunstancias que permiten su individualización son las mismas que fundamentan la sospecha acerca de la participación del imputado en la comisión del hecho punible y en el caso de nuestro país el mejor ejemplo es el uso del Pele Police que no está reglamentado.



## 2.- EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

El principio de necesidad, también denominado de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, o de subsidiaridad, es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientes aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.

El principio de necesidad es un principio constitucional porque es, como hemos dicho, subprincipio del principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio y ha sido reclamado con insistencia sobre todo en el ámbito del derecho penal. Existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en Alemania, en considerar que éste principio es de rango constitucional ya que en el marco de la más amplia prohibición exige la sustitución, si fuera posible, de la medida más gravosa por otra menos lesiva que asegure igualmente la consecución del fin.

Puede ser considerado un principio comparativo debido a que a diferencia de los principios de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto, no limita el examen de la admisibilidad de la medida únicamente al estudio de su

contenido, efectos y fines, sino que induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas Idóneas

Tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados porque obliga a rechazar las medidas que pueden ser substitutivas por otras menos gravosas, mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión en la esfera de derechos y libertades del individuo

Mediante la búsqueda de la alternativa menos gravosa se tiende a alcanzar un nivel óptimo de respeto por los derechos individuales, los cuales sólo serían limitados en la medida imprescindible para satisfacer la finalidad perseguida

La ley de enjuiciamiento criminal española contiene un elenco de medidas restrictivas de derechos fundamentales aplicables en el proceso sin declarar en ninguna norma la posibilidad de sustituir tales medidas por otras menos lesivas, a falta de esta la doctrina española ha señalado la posibilidad de que los jueces apliquen medidas alternativas a las legalmente previstas siempre que sean observados tres aspectos o condiciones, que serían la idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa, cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja y por último la existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación

La idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa tendría como fin evitar los perjuicios innecesarios a los afectados y exige que la medida menos gravosa sea suficientemente eficaz para alcanzar la finalidad perseguida con la medida sustitutiva, si esta primera condición es incumplida, por no tratarse de una medida idónea y menos gravosa, no se puede hacer alusión al principio de necesidad y la actuación del fiscal o del Juez no contaría con el respaldo constitucional que ofrece el principio

Cobertura legal suficiente para la legitimación de los derechos que la medida restrinja se trata de determinar las condiciones necesarias que permitan la adopción de medidas que no se hallen previstas por la ley, pero que su adopción por el hecho de ser menos dañosa que las que sí cuentan con el expreso respaldo legal.

Los juzgadores para poder aplicar medidas alternativas diferentes de las previstas en la Ley, para que puedan ser llevadas a la práctica con eficacia presuponen la existencia de una infraestructura adecuada que permita su aplicación, por consiguientes mientras no sean reguladas por Ley otras medidas sustitutivas y no se pueda dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y humanos mas que nada para garantizar su éxito, las medidas alternativas carecerán de toda eficacia y serán lamentablemente rechazadas por ser idóneas

El principio de necesidad se concreta en el principio de intervención mínima y en el plano de conminación legal abstracta, conduce a una configuración del derecho penal de carácter fragmentario y subsidiario

## **2.1- PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS**

Representa un límite al ius puniendi, en virtud de lo cual el derecho penal solo puede intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos. Constituye una de las garantías del derecho penal moderno, que no sólo explica la función del derecho penal, sino que limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado.<sup>12</sup>

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos significa que las incriminaciones penales no pueden pretender la protección de meros valores éticos o morales, ni la sanción de conductas socialmente inocuas, sin que por ello se desconozca que los bienes jurídicos penales pueden ser también bienes morales, pero requieren algo más para merecer la protección por parte del Derecho Penal

La intervención punitiva del Estado sólo se legitima cuando salvaguarda intereses o condiciones que reúnan dos notas. en primer lugar, la de la generalidad, se ha de tratar bienes o condiciones que interesan a la mayoría de

---

<sup>12</sup> (p.e. García (1995))

la sociedad, no a una parte o sector de ésta, en segundo lugar, la de la relevancia intervención penal sólo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad, vitales.<sup>13</sup>

En resumen se puede afirmar que en tanto que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, solo será necesario y proporcionado cuando exista un bien jurídico merecedor de protección penal y por otra parte, el derecho penal tan sólo es necesario cuando haya que proteger al bien jurídico ante lesiones o puestas en peligro, que no han de constituir necesariamente en un peligro concreto.<sup>14</sup>

### **2.1.-2 PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA**

El principio de Intervención Mínima expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal del ius puniendi. Un límite coherente con la lógica del Estado Contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con un postulado utilitarista<sup>15</sup>

El derecho penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. El principio de Intervención Mínima es formulado por Muñoz Conde, autor al que se debe esta

---

<sup>13</sup> (p e García y De Molina (2000))

<sup>14</sup> (p e Aguado (1999))

<sup>15</sup> (p e MIR (1998))

certera denominación, como principio en virtud del cual el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves para proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves

Este principio está integrado por los postulados de **carácter fragmentario** del derecho penal y el **carácter de última ratio o subsidiario** del derecho penal, en virtud de este último, el derecho penal tan sólo debe ser utilizado cuando no exista medios menos lesivos para proceder a la protección del bien jurídico en cuestión <sup>16</sup>

### 2.1.3. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La intervención subsidiaria del derecho penal es postulado limitador del ius puniendi, de fundamento político-criminal, que sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes penales precisamente porque el Estado de Derecho dispone de otros medios eficaces y de menor coste social

El principio de subsidiariedad expresa por tanto una exigencia elemental. la necesidad de jerarquizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y eficazmente. Una auténtica exigencia de economía social, que optará siempre a favor del tipo de intervención menos

---

<sup>16</sup> (p e Aguado (1999))

lesiva o limitativa de los derechos individuales dado que el derecho penal es el último recurso de una sana política social

El Principio de subsidiaridad en definitiva significa que la política penal, la prevención del delito a través de la pena, debe ocupar el último lugar en los planes de política criminal del Estado

#### **2.1.4 PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD**

Lo Fragmentario se refiere a que el derecho penal no ha de sancionar todos los ataques a los bienes jurídicos penales, sino tan solo aquellos que resulten más graves para los bienes jurídicos tutelados

La naturaleza fragmentaria del derecho penal es una característica que suele predicarse de la parte especial de éste, de su fenomenología, si bien se trata de un límite material más del ius puniendi, de naturaleza político-criminal, derivado del Principio de Intervención mínima <sup>17</sup>

Al tenor del principio de intervención fragmentaria, corresponde al derecho penal sólo una parte de la función general protectora de bienes jurídicos encomendada al ordenamiento. Cuando se ha dicho acertadamente, el derecho penal presenta un aspecto fragmentario porque no protege todos los bienes

---

<sup>17</sup> (p.e. Muñoz (2000))

jurídicos, sino nada más que los fundamentales y sólo frente a los ataques más intolerables que puedan amenazarles <sup>18</sup>

Para Binding, autor que por vez primera habló del carácter fragmentario del derecho penal, constituía éste un defecto de la parte especial del Código Penal que había que superar procediendo a brindar una tutela absoluta a los bienes jurídicos y no meramente parcial

Lo que en un principio fue denunciado por este autor como un defecto de la legislación, constituye hoy día una de las más importantes características de una legislación penal propia de un Estado de Derecho. En este cambio tan radical que tiene lugar en relación con la valoración del carácter fragmentario, no es sino una consecuencia lógica del cambio en la consideración de la fundamentación del derecho: se pasa de una fundamentación retributiva a una fundamentación preventiva.<sup>19</sup>

### **3.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO**

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y

---

<sup>18</sup> (p.e. García y De Molina (2000))

<sup>19</sup> (p.e. Aguado (1999))



la necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar, si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad

Principio de proporcionalidad como principio valorativo. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se enmarca, como hemos señalado, en el más amplio principio de prohibición de exceso y se sitúa, por tanto, dentro del esquema medio-fin que subyace a este último. En este sentido, presupone el estudio de la relación empírica medida-finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad, pero sin embargo, su campo propio de aplicación se encuentra en el terreno de los valores.

Desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal no resulta extraña la inclusión del principio de proporcionalidad en sentido estricto dentro de un principio más general cuya aplicación se basa en el examen de la relación medio-fin, pues toda relación de ese tipo con trascendencia en el proceso penal, además de ser empírica, comprende un par de valores que subyacen a ella y se

resume finalmente en la relación de tensión existente entre los intereses estatales e individuales <sup>20</sup>

El principio de Proporcionalidad como principio ponderativo La solución de la relación de tensión a la que hemos aludido sólo puede lograrse mediante la ponderación de los valores e intereses involucrados en el caso concreto, operación tras la cual podrá concederse si el medio se encuentra en razonable proporción con el fin perseguido. Adquiere así singular importancia en el marco del principio de proporcionalidad en sentido estricto la ponderación entre fines y medios.

El principio de proporcionalidad como principio de contenido material. Su inclusión en el marco propio del Derecho Procesal Penal y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales vigentes nos permiten acercarnos a su fundamento material, dotarle de un contenido que estará conformado por el conjunto de valores e intereses constitucionales protegidos que entren en juego, establecer los criterios de medición y advertir cuáles son los valores preferentes

Con el rechazo de la concepción formal del principio y de su entendimiento como mera cláusula estabilizadora, se evita caer en el principio inquisitivo según el cual importantes intereses del estado podrían justificar la adopción de medidas legalmente inadmisibles.

---

<sup>20</sup> (p e González (1990))

El principio de proporcionalidad en sentido estricto encierra criterios materiales y su función consiste en asegurar la eficacia de los derechos individuales y en dar protección a los intereses particulares, mediante la técnica de la ponderación de valores y el equilibrio de los intereses en juego en el caso en concreto. De lo antes expuesto, se deduce que el principio se asienta sobre la Teoría de los Valores y por tanto, resulta imprescindible acercarnos brevemente a esta, la cual surgió en Alemania tras la segunda guerra mundial, pero aunque su efecto más importante, fue la superación del positivismo, que se debió al rechazo frente a las atrocidades del régimen nacionalista, sus antecedentes se encuentran en la doctrina iusfilosófica de la primera mitad del siglo XX.

La doctrina Alemana ha cuestionado si el principio de proporcionalidad exige la realización del contrapeso de bienes e intereses porque constituye en definitiva una modalidad aplicativa de dichas técnicas o si, por el contrario, se trata de instrumentos imperativos distintos, en opinión de González Cuellar, el criterio de ponderación del peso de intereses enfrentados es el criterio decisivo en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, si bien tampoco pueden equipararse radicalmente proporcionalidad y contrapeso.

Mientras que el principio de proporcionalidad es un caso especial de aplicación del contrapeso de bienes e intereses, enmarcado en el examen de la relación medio-fin, no todo contrapeso reclama una investigación de tal relación.

Por último el principio de proporcionalidad en sentido estricto obliga a realizar un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, comparación que ha atender en primer lugar a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido del injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad de su autor

La proporcionalidad en sentido estricto, situada dentro del marco más restringido del poder punitivo del Estado, reclama por tanto, la limitación de la gravedad de la sanción en la medida adoptada por el mal causado, sobre la base de la necesidad de la adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir, el referido subprincipio se ha entendido tradicionalmente en el derecho penal en un sentido restringido como exigencia de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción prevista en la Ley penal

## **VI- PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad y otro material, el principio de justificación teleológica

**1.-Principio de Legalidad:** Exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista en la Ley. Para el tratadista Cobo del Rosal el principio de legalidad en un Estado democrático de derecho expresa el

principio de supremacía de las leyes del que se deriva la vinculación positiva a la ley del Poder Ejecutivo y del Judicial y la reserva de la ley para la regulación de ciertas materias, entre las que se encuentran la limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos <sup>21</sup>

**2 Principio de Justificación Teleológica** Se trata de un presupuesto material que introduce uno de los términos en que se basa el esquema medio-fin que subyace a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, al fin de la injerencia se refiere su idoneidad y su necesidad, en comparación con otros posibles medios alternativos e igualmente la justificación teleológica introduce en la ponderación de valores que han de realizarse en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, aquellos valores que tratan de ser protegidos por la adopción de la medida limitativa <sup>22</sup>

## **VII.-REQUISITOS EXTRÍNSECOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD RELATIVOS AL JUEZ DE GARANTÍAS**

**1.-La Judicialidad.** La consideración de la judicialidad como requisitos de la proporcionalidad, impone la decisiva intervención de un órgano judicial para la limitación de los derechos fundamentales, se basa en el hecho de que son precisamente los órganos judiciales, previamente determinados por Ley, los que

---

<sup>21</sup> (p.e. (Cobo y Vives (1987))9

<sup>22</sup> (p.e. González (1990))

van a garantizar de forma inmediata la eficacia de estos derechos fundamentales y por ello en todo caso sometido a su juicio la decisión sobre proporcionalidad de las medidas limitativas, desde la perspectiva del caso concreto, sin que el legislador se encuentre autorizado para privar a los jueces de un margen de apreciación en esta materia que les permita calibrar el peso de los intereses en conflicto estableciendo normas de efectos automáticos.

Para la limitación de ciertos derechos fundamentales, especialmente si son tutelados, es necesario que en su adopción intervenga decisivamente una autoridad jurídica, para el preciso cumplimiento del requisito extrínseco subjetivo de judicialidad

Ciertos derechos constitucionales sólo pueden ser restringidos con autorización de un órgano jurisdiccional por resolución motivada, intervención que ha de ser necesaria previa a la limitación de ciertos derechos o producirse de modo inmediato tras la restricción de otros. En materia de restricción de derechos fundamentales, se ha dicho, los jueces no deben tener la última sino la primera palabra.<sup>23</sup>

**2.-La Motivación:** El deber de motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser optadas en el proceso

---

<sup>23</sup> (p e Gimeno (1985))

penal es un extrínseco formal para la constitucionalidad de dichas medidas, desde una óptica de respeto por el principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional Español en sentencia N° 55 de 13 de mayo de 1987, advierte la necesidad de motivación de las resoluciones que conllevan medidas restrictivas de los derechos fundamentales y las libertades públicas como consecuencia de la fuerza constitucional de las normas, que en cierta forma su imposición no obedece sólo al interés por la protección directa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que responde a otras consideraciones que de forma indirecta tienden a la consecución de aquel fin

Se refiere más que nada a un doble fundamento del deber de motivación de las resoluciones judiciales, que en primera instancia sería que permite el control de la actividad jurisdiccional y en segundo lugar logra el convencimiento de las partes y de los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de ilegalidades y arbitrariedad

La fundamentación externa de las decisiones judiciales es necesaria para facilitar el control, por parte de los órganos jurisdiccionales superiores, de la corrección de la aplicación de las normas jurídicas realizada por los inferiores, mediante el conocimiento de los recursos y también como es obvio, cuando los órganos encargados del control no pertenecen al Poder Judicial. También una adecuada comprensión de la actitud propia de los órganos jurisdiccionales en una

sociedad democrática aconseja la motivación de sus decisiones si pretenden mantener prestigio

El convencimiento de la sociedad de que los jueces no actúan movidos por criterios arbitrarios, sino sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, es esencial para la supervivencia de su autoridad, nota esencial de la jurisdicción.<sup>24</sup>

Según el tratadista Ramos Ortells, el deber de motivación de las sentencias se establece en España de modo simultáneo en casi todos los casos al de la creación de un nuevo derecho con el objeto de garantizar su aplicación por la Judicatura<sup>25</sup>

El Principio de proporcionalidad no atribuye propiamente discrecionalidad a los órganos de persecución penal cuando éstos se encuentran obligado a observarlos, ya que la expresión proporcionalidad hace referencia a un concepto jurídico indeterminado y es sabido que la aplicación de dichos conceptos conduce a la determinación de una única solución justa, frente a la libertad en la elección de los fines que resulta de la atribución de discrecionalidad

---

<sup>24</sup> (p e Gimeno (1981))

<sup>25</sup> (p e Ortells (1977))



Como los poderes públicos están constitucionalmente obligados a observar el principio de proporcionalidad en la aplicación de toda medida restrictiva de derechos fundamentales, aunque la norma fundamental conceda un margen de discrecionalidad, el cual sería destruido por la incidencia del principio, sobre la autorización para la restricción del derecho por la que los órganos judiciales quedarían constitucionalmente compelidos para adoptar la única solución al caso, que será la aplicación de una medida idónea, necesaria y proporcionada

En cuanto a la discrecionalidad que se produce cuando los jueces aplican el Principio de Proporcionalidad en relación con disposiciones limitativas de derechos fundamentales de efectos automáticos, disposiciones que contienen un deber que por medio de la interpretación conforme a la Constitución, se convierten en disposiciones de poder.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACION DE LA MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL**

## I. CONCEPTO

El término medida cautelar con sentido sinónimo se emplean en las diversas legislaciones y es así como indistintamente se habla de providencia cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, acciones preventivas, pretensiones preventivas y cautelares, para significar con todos ellos aquellas determinación jurisdiccionales que se pueden adoptar respecto de personas, bienes o medios probatorios con el objeto de evitar los perjuicios que la demora de los procesos ocasiona, siempre con carácter provisional y accesorio tendiente a asegurar el cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el Juez y de manera especial, el de la sentencia una vez ejecutoriada <sup>26</sup>

Las medidas cautelares reales son aquellas que mediante la limitación de la disponibilidad de ciertas cosas, se pretende asegurar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase que pueda incluir a la sentencia

Las personales se entienden como una coerción procesal que implica toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado impuestas durante el curso de un proceso penal tendientes a garantizar sus el logro de sus fines <sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> (p e Lòpez (1987))

<sup>27</sup> (p e (caferata (1986))

## II.-PRESUPUESTOS PARA DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR

**1-El Fumus Boni iuris o apariencia de buen derecho** Supone que a la adopción de una medida cautelar debe preceder un preventivo cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, cálculo del que el órgano jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar. La cognición cautelar se limita, en todo caso, a un juicio de probabilidad y verosimilitud del cual resalta su carácter hipotético, carácter que ésta íntimamente unido a la naturaleza misma de la medida cautelar constituyendo, además, un aspecto necesario de su instrumentalidad.<sup>28</sup>

El tratadista Serra Domínguez considera como presupuesto de la medida cautelar, no tanto la existencia o la apariencia del derecho, sin embargo, estima que esta circunstancia no implica que el juicio jurisdiccional sobre las medidas cautelares ofrezca cualitativamente diversidad alguna respecto del juicio definitivo o de fondo, por tanto no le parece acertado aplicar al primer calificativo de juicio de probabilidad y verosimilitud. La razón de esta inconveniencia reside en el hecho de que tanto uno como otro juicio, no existiendo en el ámbito humano la certeza absoluta, se resuelve en definitiva en juicios de probabilidad y lo que justifica que la mera apariencia del derecho sirva como fundamento para

---

<sup>28</sup> (p e Aranguena (1991)).

la concesión de una medida cautelar, no es otra cosa que la imposibilidad de establecer una previa etapa contradictoria sobre la existencia del derecho<sup>29</sup>

Una primera aproximación al tema indica que la circunstancia de que estas medidas se dirijan a asegurar la satisfacción de intereses derivados del delito, va a suponer que la apariencia del derecho se identifique legalmente con la apariencia de la pretensión punitiva.

En este sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina considerando que tanto las medidas cautelares personales como las patrimoniales y en lo que al responsable criminal se refieren, más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible, es decir, un juicio sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y en consecuencia, sobre la futura imposición de una pena<sup>30</sup>

Según el tratadista Antón Oneca se manifiesta una cierta homogeneidad o correlación evidente entre el *Fumus Boni Iuris* y las costas procesales cuya justificación, en el orden penal reside en la infracción criminal misma, esto es, en la acción antijurídica y culpable que determina el proceso, de la cual derivan los

---

<sup>29</sup> (p e Serra (1974))

<sup>30</sup> (p e Ortells (1985))

gastos y la obligación de resarcimiento a cargo del responsable criminal como consecuencia jurídica de su conducta punible <sup>31</sup>

El requerimiento de la existencia de indicios graves de responsabilidad penal es el “fumus bonis iure” para las medidas cautelares de carácter personal, y por lo tanto es condición de procedibilidad de las medidas cautelares personales, a las que se refiere el artículo 2127 del libro de procedimiento penal <sup>32</sup>

## **2-PERICULUM IN MORA**

Se define como el daño que puede devenir del proceso penal. Atiende al riesgo de un sobreviviente daño marginal del proceso, que puede derivar del inevitable retraso de la sentencia definitiva, a razón de la lentitud del proceso penal, por lo que se hace viable tanto el secuestro preventivo como el secuestro conservatorio, como una forma de garantizar que la lentitud del proceso no permita la agravación del delito o que el victimario valiéndose de las cosas del delito obstaculice la investigación y que en caso de una sentencia penal, con indemnización de daños y perjuicios, no sea ilusoria <sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> (p e Antòn (1986))

<sup>32</sup> (p e Barrios (2005))

<sup>33</sup> (p e Barrios (2005))

Consiste en la probabilidad de que el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho, a través del desarrollo de la función jurisdiccional, se verifique un evento natural o voluntario, que suprima o restrinja los intereses mismos, haciéndolos imposibles o limitando su realización por los órganos jurisdiccionales <sup>34</sup>

Se determina por la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la necesidad de que la resolución final preceda un período de tiempo, más o menos largo, para que puedan ser realizados todos aquellos actos que resultan indispensables para que tal resolución sea dictada y en segundo lugar, la posibilidad de que durante ese lapso de tiempo se sucedan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten la efectiva práctica de la resolución principal, al haberse desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la ejecución <sup>35</sup>

### **III.-CRITERIOS DE APLICACIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

#### **1.-CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD**

Es fundamentado en la idea de la existencia de un equilibrio, por una parte entre los intereses de la sociedad porque se preserve el ordenamiento jurídico y los intereses del sujeto activo de la acción penal, es decir, debe existir

---

<sup>34</sup> (p e Rocco (1990)).

<sup>35</sup> (p e Ortells (1985))

una proporcionalidad entre el delito que se esta investigando a través de la instrucción del sumario correspondiente, el tipo de delito que supuestamente se ha cometido y la medida cautelar que se le impondrá al imputado, tomando en consideración el resultado producido a la colectividad

Para la imposición de la medida cautelar y la aplicación del principio de proporcionalidad se tiene que tomar en consideración los principios de adecuación, de necesidad, de motivación y de subsidiaridad como veremos a continuación.

## **2. CRITERIO DE ADECUACIÓN**

La medida cautelar que se imponga debe ser adecuada al resultado que se desea obtener, que se relacione con el hecho delictivo, es decir, que la medida cautelar personal aplicable conlleve a evitar que el imputado se sustraiga a la aplicabilidad de un debido proceso penal con todas las garantías procesales a fin de determinar si existen los requisitos necesarios para que se dicte un llamamiento a juicio y su posterior juicio de reproche a través de la determinación de su culpabilidad o que el sujeto pueda darse a la fuga, o que borre o elimine pruebas que lo incriminen



### 3 -CRITERIO DE NECESIDAD

Establece que se tomará en consideración el interés de la colectividad y se debe considerar que la medida cautelar a imponerse al imputado no va más allá de la necesaria para su eficacia y de forma concreta que se evite excesos con la medida.

Una sana política criminal sería indudablemente la de no privar de la libertad al sindicado sino cuando las circunstancias del hecho por el que se le acusa así lo aconsejaren. Los criterios para determinar dicha necesidad varían de una legislación a otra, según el sistema procesal que rija, bien sea el acusatorio, el inquisitivo o el mixto, pero fundamentalmente acorde con la corriente doctrinaria que inspire el ordenamiento jurídico de cada país.<sup>36</sup>

Debe aplicarse la medida cautelar personal para determinada situación concreta, evitándose en lo posible imponer la detención preventiva, la cual será el último recurso cuando todas las otras medidas cautelares no tengan aplicabilidad o sean inadecuadas en el caso concreto.

“Dado que la actividad cautelar de carácter personal en el proceso penal debe limitarse a lo que sea estrictamente necesario, la detención o la prisión preventiva del imputado solo deben decretarse cuando no puedan ser

---

<sup>36</sup> (p.e Londoño( 1993))

sustituidas por otras medidas precautorias, como la libertad bajo caución o excarcelación, la eximición de prisión u otras restricciones preventivas que pueda imponer el Juez, como la de no ausentarse de la población o ciudad en que reside, o que no concurra a determinado sitio o que se presente a la autoridad los días que fije <sup>37</sup>

#### 4 CRITERIO DE MOTIVACIÓN

La motivación de una resolución judicial supone, por tanto, una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto <sup>38</sup>

Se traduce en la necesidad de motivar la resolución jurisdiccional que impone la medida cautelar, estableciendo las razones y el fundamento por las cuales se limita la libertad ambulatoria del individuo que es sometido a los rigores de un proceso penal, ya que la falta de motivación de la resolución que impone la medida conduce a que la misma sea arbitraria y si no esta fundamentada conlleva a que su adopción esta fuera de todo contexto legal, la motivación es la explicación de la fundamentación jurídica en la adopción de la medida restrictiva de derechos fundamentales a través de un razonamiento lógico

---

<sup>37</sup> (p e Levene (1986))

<sup>38</sup> (p e Chamorro (1999))

## **5 CRITERIO DE SUBSIDIARIDAD**

A este criterio atiende el hecho de la medida cautelar que se adopte sea la menos lesiva para el individuo, se trata básicamente de examinar las medidas cautelares que establece el ordenamiento jurídico, a fin de que el Tribunal o el agente instructor imponga la menos grave pero si dejar de alcanzar los resultados que persigue el proceso, la cual debe ser adecuada, necesaria, procurar y asegurar en lo apegado a la ley los fines del proceso penal, a fin de evitar excesos, aplicando la que restrinja en menor forma o intensidad la libertad del sujeto en atención al hecho punible perpetrado.

## **6.-CRITERIO DE URGENCIA**

Este criterio implica que es necesario aplicar las medidas cautelares con preferencia al inicio del proceso penal y antes de la sentencia jurisdiccional definitiva. La referida urgencia puede deberse a circunstancias tales como que con el transcurso del tiempo pudiera ocasionarse daños irreparables u obstáculos para la rápida tramitación del proceso.

## **7. CRITERIO DE SUMARIEDAD**

Considero que la aplicación de una medida cautelar debe darse de manera sumaria, luego de que el imputado haya efectuado sus descargos a

través de su declaración indagatoria, como principal medio de defensa, el agente instructor o de solicitarse por la defensa técnica una medida cautelar, se cuenta aunque sea de forma insipiente con un expediente y con pruebas a través de las cuales se puede determinar en base al delito cometido la aplicación de una medida distinta a la detención preventiva.

Las medidas cautelares a pesar de que se tramita en un cuadernillo a parte dentro del dossier penal no constituyen un proceso en sí, pero si deben ser ordenadas y resueltas en el menor tiempo posible, abreviado, tomándose en consideración los parámetros que establezca el ordenamiento jurídico en esta con respecto a este instituto. El Juzgador de instancia debe en principio, ceñirse a la verificación de serios y graves indicios de criminalidad, la vinculación existente a fin de establecer el *fumus bonis iure* y el *periculum in mora*.

## **8.- CRITERIO DE AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN**

En la resolución que se impone una medida cautelar habrá ausencia del contradictorio, ya que es el funcionario instructor quien en virtud de las pruebas incorporadas en el expediente aplica la medida y luego la ordena notificar a la parte afectada a fin de que haga uso de los recursos que la ley le confiere a fin de lograr una sustitución de la medida cautelar en el caso de que se decrete su detención.

## **9. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS A LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

En el libro tercero derogado por la ley N° 63 de 2008, se le introdujeron en varias reformas en lo atinente a la detención preventiva, a través de la ley N° 3 de 1991, que incluye desde el artículo 2147 A hasta el 2147J, con el título medidas cautelares personales, que fueron consecuencia de las fuertes críticas que por mucho tiempo se han realizado al decadente sistema de ejecución penal

No hay necesidad de investigar a fondo para inferir que la detención preventiva atenta directamente contra los derechos fundamentales, por esta razón surgen medidas cautelares de tipo personal que constituyen aún en los Distritos Judiciales donde no ha empezado a regir el nuevo Código Procesal Penal un sustituto a la medida sin dejar de ser una medida de coerción. Basta realizar un análisis de estas para comprender según los codificadores que vienen a facilitar la continuidad de los fines del proceso penal, son menos perjudiciales en cierta medida, es discutible, que garantizan la libertad corporal respetando los derechos y garantías fundamentales magnifico pero siguen siendo medidas de tipo personal sin existir plena prueba de la conducta investigada

La primera de estas es la prohibición de abandonar el territorio sin autorización judicial, constituye una retención corporal interna a manera de atenuación. El deber de presentarse periódicamente ante la autoridad, se refiere al análisis que realiza el agente de instrucción actualmente o la negación de la solicitud de la medida que es apelada por tanto el Juez considera no solo los antecedentes del procesado si no el peligro de reiteración delictiva y su posible fuga. El margen de posibles circunstancias que se tendrán en cuenta, es lo que permite en mi opinión la subjetividad del peligro del agente instructor en el actual libro tercero aún vigente para tres distritos judiciales, no debe significar de ninguna manera que se pueda hacer uso abusivo de la medida inventando circunstancias que no lo ameritan.

La obligatoriedad de residir en un determinado lugar comprendido dentro de jurisdicción correspondiente y la obligación de mantenerse recluido en su propia casa, habitación o establecimiento de salud, aquí se limita o se prohíbe al individuo su derecho de comunicación.

Lo que debe existir es una resolución en la que se establezca la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa que se investiga y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustente, justifica y determina la razonabilidad de la adopción de la medida que será la manera de individualizar las razones que motivaron la decisión. Se trata simplemente de que el agente de instrucción o el Juez, esto es según el actual

libro tercero del Código Judicial, ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita en su despacho y respecto del imputado, para decidir la restricción de la libertad como medida cautelar personal indispensable para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, averiguar la verdad procesal y por consiguiente la aplicación de la ley sustantiva penal, de manera que aplique el principio de proporcionalidad al momento de decidir la imposición de la medida

Con relación a la figura del secuestro penal que constituye una medida cautelar real, nuestra legislación en el actual libro tercero del Código Judicial derogado por la ley N° 63 de agosto de 2008, en su artículo 2051 concordante con el artículo 4 de la ley 31 de mayo de 1998 (ley de las Víctimas), dispone que cuando exista peligro de la eventual disposición de un bien relacionado pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos, el Juez a solicitud del funcionario de instrucción podrá autorizar el secuestro penal mediante resolución motivada de inmediato cumplimiento. En nuestro país se regula el secuestro penal preventivo que responde a los propósitos de la investigación penal y el conservatorio que responde a los fines de la acción civil, para ambos casos también tiene que aplicar el principio de proporcionalidad que como ya he explicado inicialmente, representa un principio general de derecho que impone a los poderes públicos la exigencia de no afectar derechos fundamentales de los ciudadanos más allá de los límites que razonablemente

justifiquen su limitación o restricción y que a diferencia de la detención preventiva, en el secuestro penal se limita la disponibilidad de ciertas cosas

Según De La Oliva Santos, en la doctrina española sostienen que con las medidas cautelares reales son aquellas que mediante la limitación de la disponibilidad de ciertas cosas, se pretende asegurar la ejecución los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase que pueda incluir la sentencia.

El actual Código Procesal Penal regulado mediante ley N° 63 de 28 de agosto de 2008, en su capítulo II, Medidas Cautelares Reales, sección 2, regula el secuestro penal que según dispone el artículo 1 el proceso se fundamentará en las garantías, los principios y las reglas descritas en ese título, el cual es concordante con el artículo 12 de este libro primero, cuando señala que el Juez de Garantías al decretar alguna de estas medidas, observará el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de estas



#### **IV.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

**1. Costa Rica:** en el caso costarricense, según Luis Paulino Mora y Sonia Navarro, el principio de proporcionalidad se entiende derivado de los principios y normas constitucionales que configuran un Estado de Derecho y en el respeto a la dignidad del ser humano. La actual Constitución de 1949 reformada en el 2003 no regula de manera taxativa el principio de proporcionalidad.

A juicio de los autores citados, en Costa Rica el principio de proporcionalidad se extrae de la ideología constitucional y de la relación de los artículos 39 y 40 de la Constitución de la República de Costa Rica. Señalan además que el principio de proporcionalidad, supone una pena adecuada a la culpabilidad y no impide que la pena tenga que ser necesaria, ya que válidamente puede renunciarse a la aplicación de una pena. Además, sólo una pena proporcional puede responder a las necesidades de la prevención general y de la prevención especial a ultranza, ya que una sanción con fines puramente vindicativos o de prevención social no se justifica en la ideología de un Estado de Derecho.<sup>39</sup> Dicho principio ha sido recogido normativamente en el artículo 10 de la nueva legislación procesal penal.

---

<sup>39</sup> MORA, Luis Paulino y NAVARRO, Sonia. Constitución y Derecho Penal, 1ª edición de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, San José, 1995, p. 172

En Costa Rica a las personas se les reconoce una serie de derechos frente al Estado que revisten el carácter de fundamentales y devienen en irrenunciables. Estos derechos son tan importantes para el Estado Democrático de Derecho que no sólo el Estado debe respetarlos, sino que debe garantizar la observancia de los mismos, por parte de todos los miembros de la comunidad.

El Estado reprime al individuo solamente para garantizar la convivencia armoniosa y solidaria de todos los habitantes, la trasgresión de las normas que rigen la vida en comunidad permite que se accionen diversos medios para lograr la reparación del daño causado, pero hay casos en los que se produce lesión de bienes jurídicos que se consideran fundamentales.

En Costa Rica la pena sólo es susceptible de ser impuesta a raíz de un delito o de una contravención prevista en una Ley (principio de reserva de ley) anterior a la comisión de los hechos, además sólo una autoridad competente (Jueces) pueden dictar una sentencia condenatoria y deben hacerlo de manera pronta y cumplida.

Pero antes de hacerlo, esa autoridad debe tener por demostrada la culpabilidad del imputado (principio de inocencia) y habersele concedido a éste la oportunidad de defenderse (derecho de defensa).

Esas son las reglas mínimas (debido proceso) que exige el sistema democrático para privar a un ser humano del goce de algunos de sus derechos fundamentales. Por ello, si en el proceso penal es posible utilizar medidas de coerción (medidas cautelares), debe acudirse a ellas solamente en casos de extrema necesidad.

Además, las medidas cautelares que se adopten deben ser idóneas (razonablemente adecuadas) para garantizar el buen desarrollo del proceso penal que permita determinar si el imputado es responsable o no de los hechos que se atribuyen. Finalmente deben contrastarse los valores y ponderarse los intereses presentes en cada caso.

El Código Procesal Penal de Costa Rica, prevé otras medidas cautelares personales en el artículo 244, las cuales se pueden aplicar siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con éstas. Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en Costa Rica son a)- El arresto domiciliario; b)-la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, c)- la obligación de presentarse periódicamente ante el Tribunal o a la autoridad que él designe, d)- la prohibición de salir sin autorización del país; e)- la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares; f)- la prestación de una caución adecuada; g)- la suspensión en el ejercicio del cargo cuando el delito que se atribuye fuera de carácter funcional

El nuevo CPP de Costa Rica hace referencia expresa al contenido genérico del principio de proporcionalidad en su artículo 238, párrafo II, dispone "la privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso".

En síntesis, el principio de proporcionalidad que contempla el sistema penal costarricense deriva de los principios y normas constitucionales que establecen que Costa Rica es un Estado Democrático de Derecho y por ende, un derecho penal democrático

**2. COLOMBIA:** es innegable que en Colombia ha sido la Corte Constitucional, la encargada de introducir en nuestro modelo jurídico de interpretación, la proporcionalidad como método de ponderación. Gracias a la jurisprudencia constitucional, es que el ordenamiento jurídico colombiano se ha inyectado de interpretaciones novedosas que son útiles y que oxigenan el derecho colombiano. Así las cosas, es importante revisar los avances y la aplicación de este método interpretativo y que pretendemos aplicar al derecho administrativo pero aún más necesario, a la justicia administrativa.

El principio de proporcionalidad está consagrado en la Constitución Política, no de manera expresa, pero sí se encuentra implícito en varios artículos, de los cuales se puede deducir fácilmente la importancia del mismo y la obligatoriedad en su aplicación para los Jueces colombianos como método de

argumentación e interpretación. Específicamente el artículo 2° de la Constitución, es el ejemplo más claro sobre la incorporación de la proporcionalidad en el texto constitucional, el señalado texto, consagra lo siguiente “son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, ”

Del citado artículo, se puede fácilmente establecer que uno de los fines esenciales del Estado es el de “garantizar la efectividad de los principios”, afirmación que para nosotros significa, que la justicia debe orientarse a la prevalencia de los principios para así asegurar su efectividad, y que son los jueces los encargados de hacerlo, como quiera que son ellos los que están facultados para hacer justicia.

Sin lugar a dudas, cuando se hace referencia a una justicia basándose en principios, se acude inexorablemente a la ponderación, toda vez que es el método más útil para solucionar colisiones entre principios.

Así las cosas, cuando el juez pretenda garantizar la efectividad de los principios y se encuentre con un conflicto entre ellos, indudablemente deberá acudir a la ponderación como solución al mismo.

La ponderación como método de interpretación y la proporcionalidad como principio rector de las actuaciones públicas, no pueden ser ignorados, aún cuando no se expresen literalmente en la Carta Política, de los principales artículos de la misma, es fácil establecerlos y adicionalmente, la jurisprudencia constitucional obliga a utilizarlos, por lo tanto, los Jueces, en este caso los administrativos, pueden y deben fallar ponderada y proporcionalmente.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de la proporcionalidad ha sido deducido jurisprudencialmente de los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la Carta Política. Conclusión muy relevante puesto que se aplica un concepto que, si bien no está taxativamente establecido, es de tal grado su importancia y utilidad, que la jurisprudencia constitucional buscó su fundamentación en los diferentes artículos de la Constitución.

Como afirmamos anteriormente, la Corte Constitucional colombiana no ha sido ajena a la aplicación del principio de proporcionalidad como herramienta de la ponderación "sin necesidad elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de

las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales) .”

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-118 del 21 de marzo de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz “La jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2— del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5— del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 —del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución —que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción ”

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz “En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución se busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el

ejercicio de sus funciones Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP ), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP ) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP ).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-916 del 16 de diciembre de 2002 y C-822 del 10 de agosto de 2005, (M. P. Manuel José Cepeda) “en los primeros fallos que trataron el tema, se llegó al estudio del principio de proporcionalidad a través del principio de la igualdad y se afirmó que la proporcionalidad era parte del test de razonabilidad Sin embargo, es importante señalar las diferencias entre una” y otra “mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación”.

Afortunadamente la Corte Constitucional ha sido cuidadosa al tratar al principio de proporcionalidad junto con sus tres sub-principios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es más, lo ha explicado desde la perspectiva alemana La aplicación de los sub-principios es necesaria para que el principio de proporcionalidad pueda ser utilizado y materializado. Los Jueces en el examen de ponderación, deben estudiar, a través del principio de proporcionalidad, en estricto orden si primero el principio es adecuado o idóneo para respetar un fin



Las sentencias más significativas que tratan el tema son la T-015 del 4 de febrero de 1994, (M P Alejandro Martínez Caballero), T-422 del 15 de julio de 1992 (M P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-230 del 20 de mayo de 1994, (M P Eduardo Cifuentes Muñoz) “por lo tanto, corresponde a la Corte aplicar un juicio de proporcionalidad estricto. Ello implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos del imputado, frente a los fines buscados. Este juicio lo hará la Corte Constitucional en abstracto y, en cada caso concreto, corresponderá al juez de control de garantías velar porque en la aplicación de esta medida se respeten estos principios. ”

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda. “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad.”

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996. M P. Carlos Gaviria. La Corte constitucional consagrado en el ordenamiento jurídico, segundo, si es necesario, es decir, que ese principio que el juez pretende aplicar al caso concreto, es el que debe ser aplicado frente a

otros principios igualmente válidos, y tercero, que el principio a aplicar tiene “mas peso” que los otros principios enfrentados.

Si bien en muchas ocasiones se utiliza indistintamente el concepto de proporcionalidad a la par que el de ponderación, vale la pena aclarar que de acuerdo a los conceptos explicados con anterioridad al inicio de este capítulo, lo que nos interesa en esta investigación es demostrar que el método de la ponderación es la solución eficaz para sopesar y balancear principios en conflicto y que a través del instrumento del principio de proporcionalidad es que se desarrolla aquella

La Ley 599 de 2000 regula el nuevo Código Penal, título I denominado de las normas rectoras de la ley penal colombiana, en su artículo 3 (principio de las sanciones penales) dispone la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad

Estos principios ut supra referidos que operan tanto a nivel del proceso legislativo como judicial del fueron reconocidos por la Corte Constitucional de Colombia al expresar en sentencia C-070 de 1996, respectivamente: “solo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con los derechos y libertades constitucionales garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humana”.

El Principio de Proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento supone que asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios”

Ley N° 906 de 2004 que consagra el Código de Procedimiento Penal Colombiano, regula en tema en estudio en los artículos 93 y 94 que a continuación detallo

El artículo 93 dispone que el Juez al decretar secuestro y embargo los limitará a lo necesario, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil. El Juez a solicitud del imputado o condenado deberá examinar la necesidad de las medidas cautelares y si lo considera pertinente sustituirlas por otras menos gravosas o reducirlas cuando sean excesivas. El artículo 94 dispone que no podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios.

**3. ESPAÑA** el principio de proporcionalidad no se encuentra consagrado taxativamente en la Constitución española, sin embargo, al igual que en Alemania se desarrolla vía jurisprudencia por el Tribunal Constitucional y actualmente se consagra en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 23 de diciembre de 2010, la cual en su título preliminar denominado “De las Garantías

Penales y de la Aplicación de la Ley Penal”, el artículo 6 dispone que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, claramente consagra el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad

**4. MEXICO:** la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada recientemente el 13 de octubre de 2011, en el capítulo I, denominado de los Derechos Humanos y sus garantías, dispone en su artículo 22. quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas injustas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

El Código Penal no regula el principio, sin embargo, el código de procedimiento penal establece en el título I, capítulo I, denominado principios, derechos y garantías, en el artículo 10 dispone que las medidas cautelares restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, durante el proceso previstas en este Código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al derecho que se pretende proteger, al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudieran llegar a imponerse

**5.-AUSTRIA:** en Austria el principio de proporcionalidad constituye, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, una creación de la teoría jurídica derivada del derecho positivo. Principio de proporcionalidad que, si bien es considerado como un principio general del ordenamiento jurídico, aquí domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales, debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, por otra. En el desarrollo de este principio por parte de la jurisprudencia constitucional y la doctrina, se ha visto muy influenciado por el hecho de que este país existe básicamente dos catálogos de derechos fundamentales, el primero el contenido de la ley estatal básica sobre derechos generales de los ciudadanos que data de 1867 y el contenido del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales(1950) al cual se adhirió Austria en 1958 y tiene plena validez como derecho constitucional

El desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Austriaco no ha alcanzado el mismo grado de concreción que el llevado a cabo por el Tribunal Constitucional alemán. Este Tribunal no distingue tan claramente los diversos elementos que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio y en especial, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto que se confunde a menudo

Al igual que ocurre en España, el principio de proporcionalidad es entendido en la doctrina en un doble sentido, el amplio como un supraconcepto de un examen que incluye la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, mientras que otros autores quieren entenderlo tan sólo en este último sentido

**6. CHILE** en suma, el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (art. 6, 7 y 19 numeral 2 de la Carta fundamental) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19 numeral 26), además del valor justicia inherente al derecho. Por ello, lo que no puede dar lugar a dudas es que el límite al despliegue de cualquier actividad legislativa que pretenda regular o limitar dicho contenido esencial, viene dado por el art. 19 inciso 26 y el art. 5 inciso segundo de la Carta fundamental, quedándole proscrito cruzar esa frontera sin afectar al derecho en sí mismo, lo que siempre es inconstitucional. Dicho contenido sólo puede ser determinado por el constituyente originario o estatuido y por los tratados internacionales que contengan derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

**7 HONDURAS** la Constitución Política de 1982, con sus reformas y actualizada hasta el decreto N° 36 de 4 de mayo de 2005, no mantiene disposición constitucional en el título III, denominado “Declaraciones, Derechos y Garantías”, que regule de forma taxativa el principio de proporcionalidad

El Código Procesal Penal de la República de Honduras, regulado en el Decreto N° 9-99-E de febrero de 2002, título VI, en el artículo 174 (imposición, revocación y reforma de las resoluciones sobre medidas cautelares) dispone que el órgano jurisdiccional, al seleccionar la medida cautelar aplicable, deberá tener en cuenta su idoneidad y proporcionalidad en relación con los fines que se pretende conseguir, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y de la pena que, en caso de condena, podría ser impuesta y las circunstancias personales del imputado.

El Código Penal de Honduras, regulado en el decreto N° 144-83 de 2005, en su libro 1°, parte general, título I, denominado aplicación de la ley penal dispone en su artículo 2D que las medidas cautelares, las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado

**8.GUATEMALA.** la Constitución de este país no regula textualmente el principio de proporcionalidad, no obstante, revisando la jurisprudencia constitucional de la nación centroamericana, podemos apreciar que en la sentencia N° 16 de junio de 2000, se indica “en el respeto al principio jurídico del debido proceso que es un derecho que asiste, en igual proporcionalidad a todas las partes que concurren a juicio y es lo que les permite ejercer su actividad con oportunidades equivalentes cada una en su ámbito de actuación”. Se hace alusión al principio jurídico del debido proceso, dentro del está inserto el de proporcionalidad como sostienen algunos juristas, no obstante, no es lo mismo regularlo taxativamente que desarrollarlo en una sentencia de tribunal constitucional.

El actual Código Penal de Guatemala no regula entre sus postulados básicos y sus garantías penales la observancia del principio de proporcionalidad, el Código Procesal Penal regulado mediante decreto 51-92, no consagra directamente el referido principio objeto de nuestro análisis, pero en su artículo 4 dispone que nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad o corrección, sino en sentencia firme obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.



**9 ARGENTINA.** la legislación procesal penal interna reconoce la imposibilidad de ordenar el encarcelamiento procesal cuando se trata de delitos leves, o que no prevén pena privativa de libertad, al regular los presupuestos de aplicación de la coerción procesal. Así, por ejemplo, el CPP de la Nación (Argentina), artículo 312, establece como requisito de procedencia de la aplicación de la prisión preventiva la atribución de un delito sancionado con pena privativa de libertad. La disposición autoriza a ordenar la prisión preventiva cuando "al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad. .".

La legislación ha reconocido la exigencia de limitar temporalmente la duración del encarcelamiento preventivo derivada del principio de proporcionalidad, estableciendo mecanismos que impiden que éste se prolongue más que la propia pena que se espera según las circunstancias del caso. En este sentido, el artículo 317 del CPP de Argentina establece como supuestos de excarcelación, entre otros, los siguientes a) cumplimiento del máximo de la pena prevista para el o los delitos que se le atribuyan; b) cumplimiento de la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resultare adecuada, c) cumplimiento de la pena impuesta por sentencia no firme; y d) cumplimiento de un plazo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional (inciso 2 a 5)

**10. El Salvador** su carta magna no regula de manera taxativa el principio de proporcionalidad, sin embargo, el Código Penal promulgado mediante decreto legislativo 310 de 23 de marzo de 2010, dispone en el artículo 5: las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

El Código Procesal penal reformado recientemente por decreto legislativo N° 24 de 14 de enero de 2010, dispone en el artículo 6 que la detención provisional debe guardar debida proporción a la pena que se espera

**11. EL Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en uno de sus fallos sostiene que es importante señalar que en cuanto al principio de proporcionalidad, la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece cuatro notas esenciales

- a)- La primera es que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada,
- b)- En segundo lugar las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido por el acto de investigación el cual habrá de estar constitucionalmente protegido;
- c)- En tercer punto ha de existir una adecuación o congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante.

d)- En cuarto lugar la finalidad perseguida por el acto instructivo y lesivo de derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro eficaz, pero no restrictivo de derechos fundamentales.

Se trata de impedir que la situación del individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena. En consecuencia, no se autoriza el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo

En los casos que admiten la privación anticipada de libertad, ésta no puede resultar más prolongada que la pena eventualmente aplicable. Si no fuera así, el inocente se hallaría, claramente, en peor situación que el condenado.

El artículo 5 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, por ejemplo, dispone que sólo se puede detener preventivamente, si la infracción imputada es grave y prevé pena privativa de libertad. En similar sentido, la Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, inciso d, establece "No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista"

En concordancia con estos criterios, la CIDH ha manifestado que "si el tiempo pasado por un detenido en régimen de prisión preventiva en espera de juicio rebasa el período de la pena que se impondría si se le reconociera culpable y se le condenara, la detención constituiría una grave violación del derecho del detenido a que se formulen las acusaciones y se le reconozca culpable antes de que se le castigue". Este antecedente reviste suma importancia, pues permite afirmar que, en opinión de la CIDH, la vulneración del principio de proporcionalidad será considerada una violación del principio de inocencia contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y generadora de la responsabilidad internacional del Estado, pues la duración máxima de la prisión cautelar debe estar limitada por la duración máxima de la pena que podría imponerse en el caso concreto

La CIDH también ha establecido la exigencia de que los jueces penales asuman su deber de "examinar a fondo" la duración del encarcelamiento cautelar. Por lo demás, se señala que resulta inadecuado el uso de la prisión preventiva en caso de delitos que se castigan con penas poco severas, pues a menudo, en estos casos, el tiempo que transcurre hasta la realización del juicio resulta más prolongado que la propia pena prevista para el delito. En consecuencia, se han sugiendo, entre otras medidas, el reemplazo de la detención procesal por menos de un año por otras medidas cautelares, y la necesidad de hacer todo lo posible por evitar el encarcelamiento procesal

cuando se suponga que no se impondrá una pena privativa de libertad en el caso concreto.

El principio de proporcionalidad ha sido recogido regularmente en los ordenamientos procesales penales del derecho interno, aún en las legislaciones más anticuadas del mundo. Este principio implica la imposibilidad como regla de aplicar el encarcelamiento preventivo en los delitos leves; la improcedencia del encarcelamiento para delitos que no prevén pena privativa de libertad; la improcedencia del encarcelamiento en casos en que no se espera dicha sanción o su cumplimiento efectivo y la cesación del encarcelamiento cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera

#### **V. EXTRACTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES.**

Corte Suprema de Justicia, Pleno, 2 de febrero de 2007, Acción de Habeas Corpus interpuesta a favor de (L.T.M) en contra de la orden de detención preventiva que mantiene el Fiscal Cuarto Superior del Primer Distrito Judicial,

**Magistrado Ponente: Víctor Benavides**

- . ..Ahora bien, el pleno observa que, no obstante lo expresado, es preciso analizar si la detención preventiva decretada contra la señora Thomas Martín constituye la medida cautelar idónea, necesaria y proporcional para asegurar el eficaz ejercicio de la acción penal. A este respecto, es necesario tener en cuenta las

exigencias que sobre el particular establece el artículo 2129 del Código Judicial . El pleno luego de un estudio detenido de las constancias de auto llega a la conclusión de que el Agente de Instrucción que conduce la presente causa no ha cumplido con acreditar las exigencias que demuestren que la detención preventiva de la señora (L T M) es la medida idónea, necesaria y proporcional y que esta acudiendo a ella porque todas las otras medidas cautelares que contempla la ley son inadecuadas o insuficientes. El pleno de la Corte advierte en este sentido que la Fiscalía Cuarta Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, ha procedido a imponer la detención preventiva a la señora THOMAS MARTÍN sin haber explicado o justificado, como lo ordena la ley, por qué es indispensable aplicar la más severa, siendo que, el artículo 2129 del Código Judicial es claro en perpetuar que la misma “sólo podrá decretarse cuando todas las otras medidas cautelares resultaren inadecuadas”. Si, en el caso que nos ocupa, la Fiscalía Cuarta Superior no ha justificado los motivos que hacen que la detención preventiva deba aplicarse en lugar de los otros dispositivos cautelares alternos, esta Corporación estima que resulta excesivo vulnerar o restringir el derecho fundamental de la libertad en tales circunstancias, . ya que se reitera que la carga de acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida recae sobre la autoridad que la decreta, debido a que ésta es la única forma de garantizar a los ciudadanos una tutela eficaz y evitar la transformación del principio de prohibición de exceso en una máxima de eficacia ilusoria. En el asunto que nos ocupa podemos señalar que la detención preventiva aplicada a la sumanada (L T.M) resulta altamente ingurosa debido a que no confirma la necesidad de ella .

Así las cosas, el Pleno de esta Corporación de Justicia, estima con fundamento en los planteamientos de hecho y derecho, previamente explicados que debe sustituirse la medida cautelar de detención preventiva aplicada a la señora L.T..M.

**2- Corte Suprema de Justicia, Pleno, 27 de agosto de 2007, Acción de Habeas Corpus interpuesta a favor de RVG en contra de la orden de detención preventiva que mantiene el Fiscal Cuarto Superior del Primer Distrito Judicial, Magistrado Ponente: Graciela Dixon**

El activador constitucional solicita se declaren ilegales las medidas cautelares dictadas contra su poderdante ...resolución de 8 de junio de 2007 que le impone el impedimento de salida, prohibición de usar el pasaporte y de comparecer los días 5 y 30 de cada mes . . . . . A efecto de precisar si las normas cuyo cumplimiento (vía omisión) se imputan al beneficiario de esta acción, le imponían una posición de garante del Bien jurídico protegido y que resultó lesionado con el delito activo que se investiga, conviene que analicemos detalladamente esas disposiciones: de acuerdo al documento denominado "estructura organizacional y modelo de relaciones jurídico funcionales de la Dirección Nacional de Compras y abastos de la Caja de Seguro Social, esta Institución tiene los siguientes niveles de jerarquía organizacional, D)- Cuarto nivel: Direcciones Intermedias, E)-Quinto Nivel: departamentos secciones y otras unidades que dependen de una dirección intermedia Por lo que atañe a la situación organizacional de las Unidades de Producción y de Control de Calidad de medicamentos forman parte de un grupo de secciones dependientes directamente de la Dirección de Abastos La Ley N° 1 de 2001 sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, establece

en su artículo 89 lo relativo a la responsabilidad del profesional farmacéutico que asume la dirección técnica o regencia farmacéutica en cualquier establecimiento farmacéutico es responsable legal y moralmente de todas las operaciones técnicas que se desarrollen allí. Observa esta superioridad que el artículo 22 de la ley N° 14 de 27 de agosto de 1954, evidencia que el Director General de la Caja es el encargado de vigilar el buen funcionamiento de todas las dependencias de la Caja. Si bien es cierto, el Director General tiene asignada, funciones de vigilancia general del desempeño de sus unidades administrativas, la posición de garante se coloca sobre las unidades administrativas de la Caja antes señaladas. La Corte Suprema de Justicia en Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara ilegales las medidas cautelares de carácter personal decretadas por el Fiscal Superior Especial.

**3. Corte Suprema de Justicia Pleno, 29 de junio de 2007, Acción de Habeas Corpus a favor de RL contra el Fiscal Superior Especial, Magistrado Ponente: Adán Amulfo Arjona.**

Conforme da cuenta el expediente, el Fiscal Superior Especial ordenó mediante Resoluciones de 31 de mayo de 2007, la detención preventiva de R. L. L., su suspensión del ejercicio del cargo, el impedimento de salida del territorio nacional y la utilización del pasaporte. El 4 de junio de 2007 modificó sus ordenes cautelares contra RLL, estableciendo que debe cumplir su detención en su casa, manteniendo el resto de las medidas cautelares. Finalmente el 11 de junio de 2007, modifica las



medidas y en lugar de la detección domiciliaria debe reportarse los días 15 y 30 de cada mes manteniéndose las otras medidas cautelares. . En la explicación de sus actuaciones, el Fiscal Superior Especial aduce que la responsabilidad penal que atribuye a RLL, se ubica en la categoría de los llamados delitos omisivos, en los que la conducta punible se configura por no hacer lo que se debía hacer para evitar el resultado. ...Uno de los elementos cruciales para que se pueda formular con certeza un juicio de imputación penal en este tipo de delito, lo constituye la determinación de quien ocupa "la posición de garante" y la naturaleza y alcance de su deber, frente a la situación concreta que se examina. El señor Fiscal Superior Especial atribuye a RLL una supuesta responsabilidad penal en el ilícito que investiga apoyado en el hecho de que ocupar la Dirección General de la Caja de Seguro Social, éste profesional tenía el deber jurídico de evitar los actos de contaminación de medicamentos con Dietilenglicol en el laboratorio de producción de medicamentos de esa institución . . La posición de garante depende precisamente de esa competencia, pues solo el funcionario competente para resolver el asunto administrativo puede dar cumplimiento al deber . . Por su parte la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 orgánica de la Caja de Seguro Social, reproduce en su artículo 41 un elenco de deberes generales respecto a la persona del Director de la Caja de Seguro Social como son entre otros velar por eficiente administración de su patrimonio, la disposición de fondos y la ejecución de su presupuesto. . .... En el caso que nos ocupa, se concluye, después de efectuar el análisis que se deja expuesto, que el sólo hecho de que RLL, ocupe la jefatura administrativa del Seguro Social no constituye un indicio que revista la gravedad que exige

la ley para autonzar al Fiscal Superior Especial para imponer medidas cautelares privativas de su libertad

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara ilegales las medidas cautelares de carácter personal decretadas .

**4-Acción de Habeas Corpus a favor de P. N. S.G contra la Fiscalía Cuarta Superior del Primer Distrito Judicial, Magistrado Ponente: Graciela Dixon C., Panamá 1 de marzo de 2007**

La conducta punible de PNSG . se produce con motivo del deber jurídico de evitar el resultado producido y no efectúo las acciones a evitarlo pudiendo hacerlo hecho, frente a las normas que le imponían tales obligaciones al frente del cargo de Director Nacional de Farmacia y Drogas del Ministerio de Salud.

En este sentido observamos que la agencia de instrucción vinculo al señor S G con la realización de la conducta ilícita al considerar que incumplió con los deberes de su destino, esto es con la responsabilidad de control previo, control posterior y fármaco vigilancia, para asegurar la calidad, seguridad y eficacia de los productos utilizados para la fabricación de los productos medicamentosos que resultaron contaminados. En consecuencia este Tribunal de Habeas Corpus considera que el beneficiario de esta acción se encuentra presuntamente vinculado con el hecho punible que se investiga debido a que desempeñaba el cargo de Director de Farmacia y Drogas del Ministerio de Salud, correspondiéndole la responsabilidad del control previo, posterior y fármaco vigilancia de los productos utilizados para la

fabricación de los medicamentos que resultaron contaminados con la sustancia DIETILENGLICOL

Corte Suprema de Justicia, Pleno, administrando justicia en nombre de la República de Panamá y por autoridad de la Ley Declara Legal la orden de detención preventiva decretada por el Fiscal Cuarto Superior y la sustituye por las medidas cautelares previstas en los literales a,b y c del artículo 2127 del Código Judicial

**5. Acción de Habeas Corpus interpuesta a favor de Felipe Hernández contra la Fiscalía Cuarta de Circuito de Chiriquí. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Magistrado Ponente Hipólito Gill Suazo, Panamá, 2 de agosto de 2002.**

En primer término debemos tomar como premisa que el ilícito investigado tiene como sanción establecida de uno (1) a tres (3) años de prisión lo que no se ajusta a lo consignado en el literal b, en cuanto a que el delito debe tener como sanción pena mínima de dos años de prisión. Por otro lado tampoco advierte el Tribunal un inminente peligro de fuga, toda vez que, según las constancias que obran en las sumarias, comunicada la orden de comparecer a rendir declaración indagatoria el citado compareció con su abogado a cumplir con la diligencia programada. Sostiene el tribunal de Habeas Corpus que por lo insipiente de la investigación existe peligrosidad en la prueba. No comparte esta Magistratura tales apreciaciones, pues en el expediente obra suficiente caudal probatorio que acredita la comisión del ilícito investigado, así como de la vinculación de Felipe Hernández en este hecho (.. ) Por las circunstancias anotadas considera el Tribunal que no se han acreditado

suficientes factores de riesgo que justifique la imposición de las medidas cautelares aplicadas ..En merito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Pleno . .Revoca la resolución de 26 de junio de 2002 dictada por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial y declara ilegales las medidas cautelares impuestas .

**6 Acción de Habeas Corpus interpuesta a favor de Mario Luis Barletta contra la Fiscalía Décima de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá. Corte Suprema de Justicia, Pleno, 3 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente Adán Arnulfo Arjona.**

“No resulta un proceder jurídicamente conforme con la Constitución y la ley que la autoridad haga uso de sus poderes para afectar o restringir el goce de derechos fundamentales de un ciudadano, si no existen elementos atendibles, fundados y razonables que justifique y hagan ciertamente imperiosa la adopción de la medida. No aparecen acreditados motivos o razones verosímiles que apoyen los temores expresados por el agente de instrucción, esta corporación considera que resulta excesivo vulnerar o restringir un derecho fundamental como lo es la libertad, pues para que tal garantía pueda ser restringida es preciso que la medida cuente con un respaldo fáctico serio, obligación ésta que debe cumplir la autoridad que decreta la misma, ya que la carga de acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida corresponde a dicha autoridad. Uno de los presupuestos relevantes en el tema de las medidas cautelares personales en el ámbito del proceso penal, lo constituye el denominado Principio de Proporcionalidad que obliga a que cualquier limitación o restricción al valor superior de

la libertad tenga que guardar una razonable relación de correspondencia y legitimidad con los propósitos que obligan a su adopción en un caso concreto En merito de lo antecedentes . .el Pleno de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Panamá y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de 25 de abril de 2001 profenda por el Segundo Tribunal Supenor de Justicia y en su lugar declara ilegales las medidas cautelares decretadas.

## **CAPITULO CUARTO: MARCO METODOLOGICO**

## **Í. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El presente proyecto denominado tesis, se enmarca dentro de una investigación de diseño descriptivo porque consiste en describir y evaluar ciertas características referente a una situación concreta y cuantitativo, en vista de que partimos de dos fenómenos de estudio o variables, los cuales describimos y conceptualizamos, estableciendo una relación entre ambos y midiendo al final sus valores, cualidades y características de una manera cuantitativa, es decir, expresando éstas, mediante un valor numérico.

La investigación descriptiva permite conocer los hechos, los sucesos, con el fin de describir sus características, semejanzas, diferencias, interpretar los datos obtenidos. Según lo investigado, con este método se permite recoger, organizar, resumir, analizar, generalizar, presentar los resultados de las observaciones.

Implica el análisis e interpretación de las condiciones existentes, con el fin de describir la relación causa-efecto entre variables, sin que estas sean modificadas por el investigador, lo que conlleva a que solo se describa la situación del problema de investigación.

## **II.- SUJETOS O FUENTES DE INFORMACIÓN**

Es ampliamente conocido que las fuentes de una investigación pueden ser fuentes materiales y fuentes humanas, imprescindibles para obtener mayor veracidad y confiabilidad en la investigación

En esta investigación se utilizan fuentes materiales, que están contenidas en los documentos técnicos referentes al tema de estudio. Básicamente consistió en la revisión del material bibliográfico sobre la materia objeto de la investigación con lo cual me permite seleccionarlo, registrarlo y proceder a evaluar, utilizando para ello el análisis documental. De igual forma se obtuvo datos e información documental recolectada por otros investigadores y trabajos disponibles en Internet.

También utilice fuentes humanas que están constituidas por los sujetos que serán medidos y que por tanto son sujetos y objetos de estudio que de manera directa ofrecerán información relacionada con la presente investigación, tal es el caso de los funcionarios públicos del Órgano Judicial y del Ministerio Público, los abogados litigantes que gestionan o ejercen funciones relacionadas al tema y por supuesto la comunidad en general.



### **III.- LAS VARIABLES O FENÓMENOS DE ESTUDIO**

Las variables es todo aquello que se puede medir, controlar o estudiar en una investigación y se pueden definir en tres rangos, a saber definición conceptual, definición instrumental y definición operacional

#### **1 -Definición Conceptual**

Es la que se deriva de alguna idea, noción, pensamiento o concepto de expertos sobre determinada materia, en el tema in examine, el principio de proporcionalidad se entiende como aquella conducta que obliga a los jueces penales a mantener un balance equitativo entre el ius puniendi estatal y las garantías procesales y derechos fundamentales de las personas

Las variables independientes serán en nuestra investigación la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Segundo Tribunal Superior de Justicia y Juzgados de Circuito del Ramo Penal, todos son autoridades judiciales competentes para administrar justicia en determinados casos y para resolver situaciones jurídicas relacionadas con la imposición de la medida cautelar de detención preventiva

La variable independiente esta constituida por la protección de las Garantías Procesales y los Derechos Fundamentales aplicando los criterios de proporcionalidad, idoneidad y la necesidad frente a la detención preventiva

## **2.-Definición operacional**

Así las cosas, para medir la variable definida conceptualmente y con el objetivo de contar con mayor información posible de la variable escogida, se procedió a realizar una encuesta, para lo cual se utilizará términos operacionales que proporcionen datos concretos y cuantificables.

Las definiciones operacionales de las variables independientes son Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y Segundo Tribunal Superior de Justicia y Juzgado de Circuito Ramo Penal, son autoridades judiciales de distinta jerarquía en la esfera penal competentes para dirimir situaciones jurídicas relacionadas con la imposición de medidas cautelares como la detención preventiva

En relación con la variable dependiente los términos operacionales son los siguientes la percepción del respeto a las garantías y derechos fundamentales y la aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad frente a la detención preventiva

### **3. Definición Instrumental**

Para medir las variables escogidas se ha decidido por el instrumento denominado encuestas, que esta estructurada con tres preguntas concretas para la variable independiente y una pregunta para la variable dependiente

### **4. Descripción de los Instrumentos**

Como se ha indicado en el punto precedente, se ha utilizado la encuesta a través de tres preguntas para las variables independientes y una para la dependiente, a los sujetos o fuentes antes mencionados, este instrumento que brindará cierta información del objeto de investigación

### **5. Tratamiento de la Información**

La encuesta está dirigida a tres funcionarios de Ministerio Público, Órgano Judicial, abogados litigantes y a personas de la comunidad las cuales mantienen contacto con el instituto jurídico de la detención preventiva.

Este instrumento se distribuyó a los sujetos o fuentes seleccionadas, luego de obtenida se procedió a efectuar una pequeña tabulación de los datos para mostrar la información representativa de los resultados en cuadros, para

comprender de forma ilustrada la situación de nuestro problema objeto de investigación y comprobar que se decreta la detención preventiva sin la debida observancia de los criterios y principios de Proporcionalidad.

## **6. Análisis e Interpretación de Datos**

**Generalidades:** el análisis e interpretación de la información obtenida dentro del proceso de investigación, serán los documentos relacionados con la presente investigación, la doctrina, la Constitución, la Jurisprudencia y el nuevo Código Judicial, los cuales se someterán a un proceso de análisis, interpretación y discusión con el propósito de obtener y lograr de manera estadística nuestros objetivos trazados

El referido proceso de análisis, interpretación y discusión de datos se realizará por medio de un tratamiento estadístico-matemático de los datos clasificados y tabulados, con el objetivo de explicar que de la muestra escogida que representa el Primer Distrito Judicial de la Provincia de Panamá, con relación a las variables estudiadas, se derive de las tablas diseñadas.

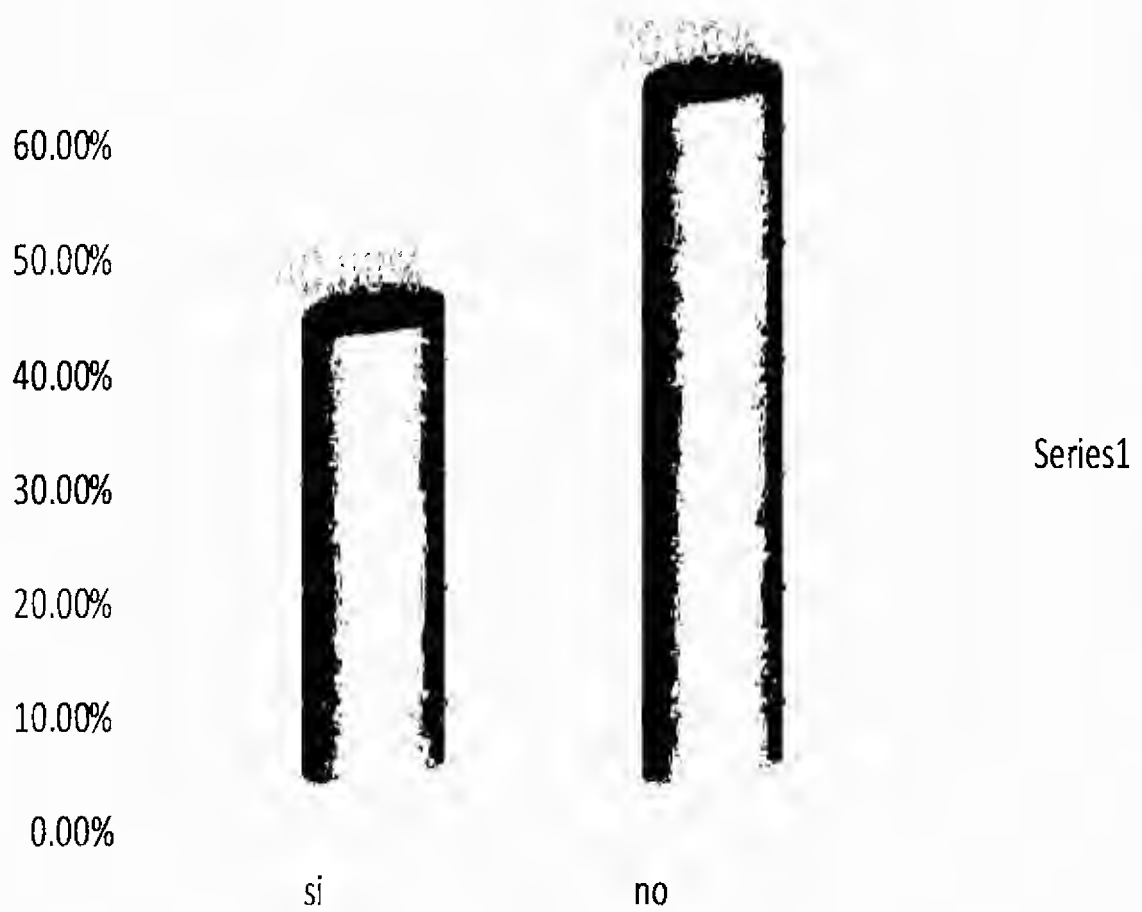
Se debe dejar aclarado que la población encuestada representa una pequeña muestra para los fines de la investigación que se le asignará un 100%

Así las cosas se encuestaron 5 Jueces del Primer Circuito Judicial de la Provincia de Panamá (hay un total de 17) que son funcionarios que administran justicia y forman parte del Órgano Judicial, se encuestaron 5 funcionarios del Ministerio Público de la Provincia de Panamá ( hay un total de 17 fiscalías de Circuito), 30 abogados litigantes que tramitan en la esfera penal y 60 personas de la comunidad

Los encuestados debían responder si o no a las tres preguntas para la variable independiente que a continuación detallo

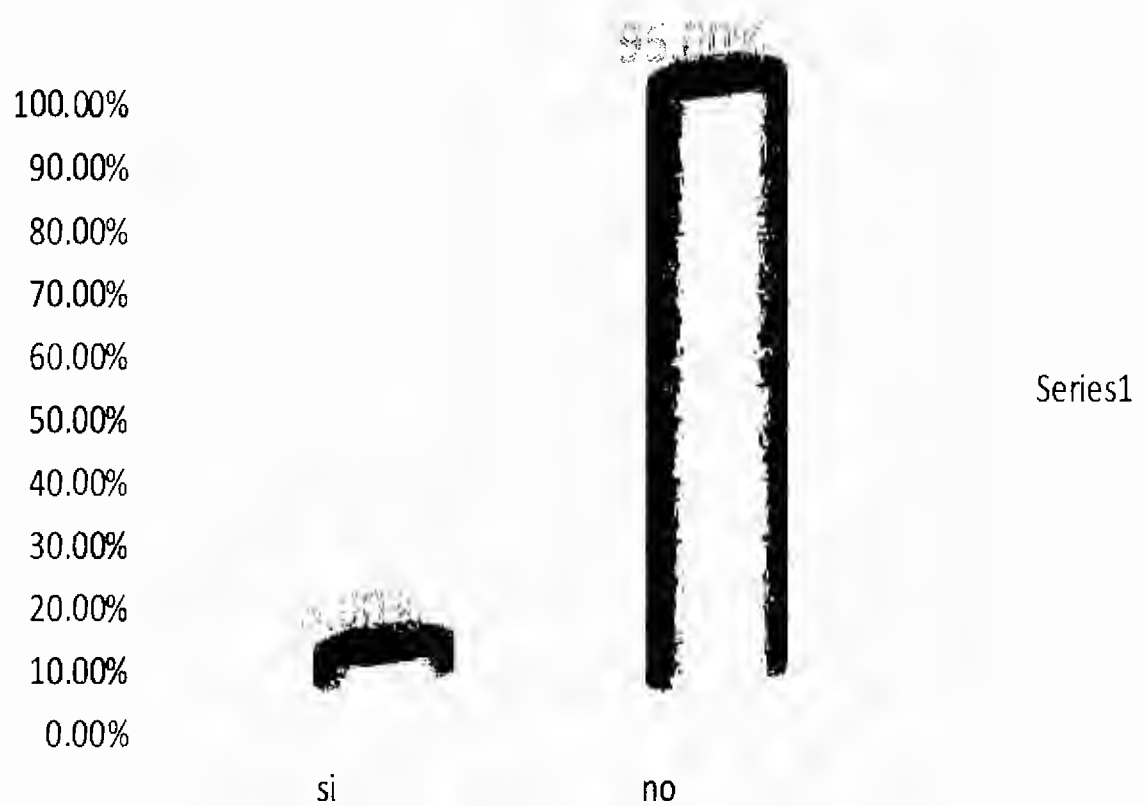
- 1 ¿Conoce el alcance y la importancia de los criterios o Principios de Proporcionalidad que se debe aplicar al momento de decretarse una medida cautelar o de imponerse una pena?
- 2 ¿La Detención Preventiva se aplica para cumplir los fines de persecución penal a situaciones jurídicas?
3. ¿Considera usted que debe consagrarse la obligatoriedad de aplicación del Principio de Proporcionalidad a nivel constitucional para decretar una medida cautelar restrictiva de la libertad y evitar vulnerar o conculcar Derechos Fundamentales?

## **GRAFICAS**



1.¿Conoce el alcance y la importancia del criterio o Principio de Proporcionalidad que se debe aplicar al momento de decretarse una medida cautelar o de imponerse una pena?

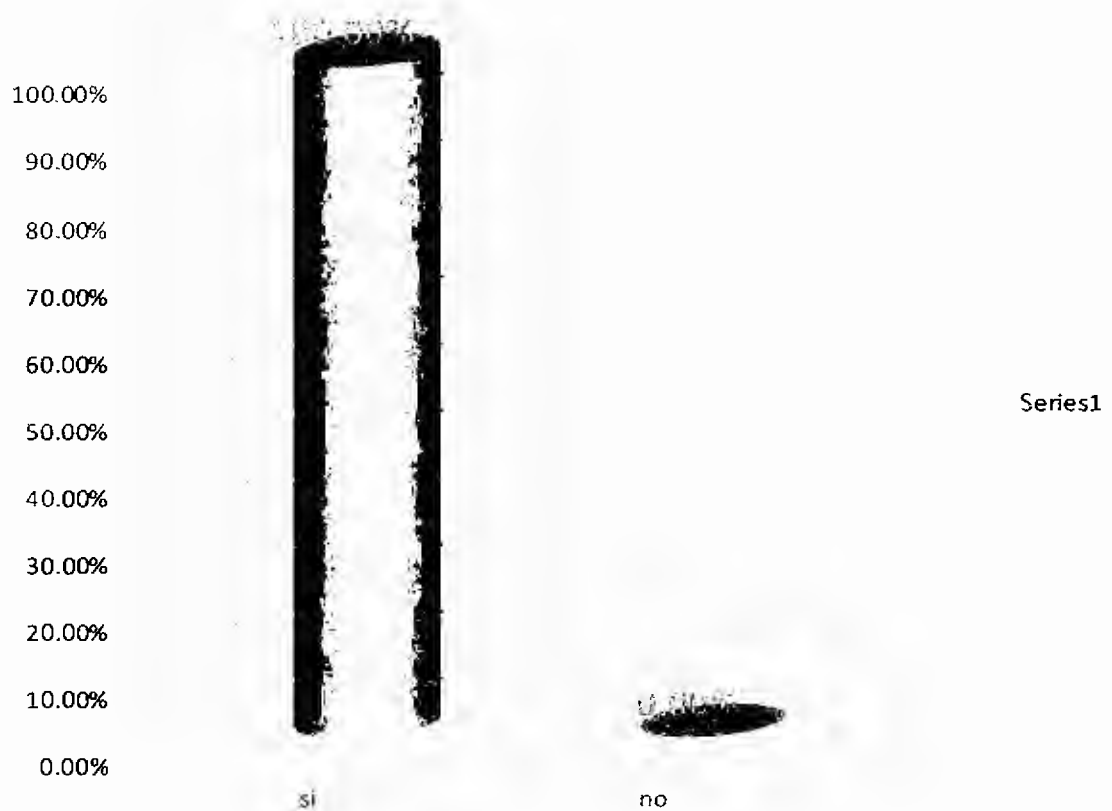
En la pregunta 1 el 40% de los encuestados respondieron que sí y el 60% respondió no.



2 ¿La Detención Preventiva se aplica para cumplir los fines de persecución penal a situaciones jurídicas?

En la segunda pregunta el 5% de los encuestados respondió si y el 95% respondió no.





3.¿Considera usted que debe consagrarse la obligatoriedad de aplicación del Principio de Proporcionalidad a nivel constitucional para decretar una medida cautelar restrictiva de la libertad y evitar vulnerar o conculcar Derechos Fundamentales?

En la tercera pregunta el 100% de los encuestados respondió si y el 0% respondió no.

## **CAPITULO QUINTO**

### **ANALISIS Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD VS LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN PANAMÀ**

## **I. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

En Panamá, según la Dra. Guerra de Villalaz, no hay reconocimiento del Principio de proporcionalidad a nivel constitucional, pero si se da tal reconocimiento expícito en la ley penal <sup>40</sup>

En un Estado Constitucional de Derecho la libertad es concebida como uno de los bienes jurídico tutelados más valioso, por tanto el Estado debe ejercer facultades para garantizar a todos sus ciudadanos la posibilidad y garantía de gozar y disfrutar de ella, lo cual requiere plantear y analizar que los miembros de la sociedad panameña deben contar en la Constitución Nacional del reconocimiento no solo expícito sino obligatorio de garantías procesales y derechos fundamentales que se apoyen en principios como el de proporcionalidad para su protección frente a los actos estatales

La jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, ha otorgado rango constitucional al principio de proporcionalidad, sin admitir que dicho principio constituya por sí mismo un derecho fundamental, lo ha extraído básicamente, del principio del Estado de Derecho y de la esencia de los derechos fundamentales

---

<sup>40</sup> (p.e. Guerra (1975))

Así una regla que tiene su origen en el derecho administrativo, pasa a convertirse en Alemania en uno de los pilares del Estado de Derecho y recibe de manos del Tribunal Constitucional alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de principio constitucional, al mantener que hay máximas constitucionales que, como es el caso, no se encuentran expresamente descritas <sup>41</sup>

Estamos ante un principio que es asumido por la jurisprudencia española influenciada, como en tantos otros ámbitos, por la doctrina y la jurisprudencia alemana y que constituye una máxima jurídica fundamental cuya expresividad e ilimitada virtualidad en casi todos los ámbitos del derecho no encuentran parangón alguno <sup>42</sup>

Por su parte el Tribunal Constitucional de España, según sostiene González Cuellar se ha mostrado vacilante en la materia, y si bien concede al principio trascendencia constitucional, no ha definido claramente sus bases normativas ni ha precisado su alcance

Sin embargo, cabe analizar que el tema de la proporcionalidad se introduce en nuestro país con la Ley Nº 3 de 1991, que en su oportunidad se inspiraba con las Reglas de Tokio, que precisamente se dividía entre otras cosas por principios tales como el de última ratio legis, la medida alternativa a la

---

<sup>41</sup> (p.e. Barnes (1994))

<sup>42</sup> (p.e. Pedraz I(1990))

detección preventiva, intervención mínima, etc. El Código Judicial en su artículo 2127D ya derogado, disponía en el primer párrafo al aplicar las medidas el Juez y el funcionario de instrucción deberá evaluar la efectividad de cada una de ellas y en el segundo que cada medida será proporcionada a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podrá ser impuesta al imputado, en mi opinión no hay objetividad por el contrario existió una discrecionalidad muy amplia que permitió violar garantías y derechos fundamentales, teniendo consagrado el criterio de proporcionalidad

En la actualidad contamos con el nuevo Código Penal y el Procesal Penal que contemplan la observancia del criterio de proporcionalidad para la aplicación de la pena y las medidas de seguridad el primero y el segundo para el control judicial de derechos fundamentales al decretar medidas restrictivas de la libertad personal

En la Constitución se consagran derechos procesales como el debido proceso y garantías fundamentales procesales de tipo penal, la falta de algún requisito esencial del proceso indefectiblemente traerá como consecuencia la violación del debido proceso y por consiguiente de las garantías fundamentales, en el caso in examine de la libertad del sujeto

En mi opinión, es urgente que la norma constitucional regule la obligatoria observancia del principio de proporcionalidad como máxima para decretar medidas cautelares restrictivas de la libertad corporal, las penas y las medidas de seguridad

Actualmente se ha creado la comisión de los notables encargada de recibir sugerencias y recomendaciones de posibles reformas a la Constitución Nacional lo cual es una oportunidad propicia para presentar nuestra posición jurídica, que tendrá sus defensores y sus detractores, algunos de estos por la falta de conocimiento teórico y de desempeño en la práctica forense en los distintos Tribunales de Justicia

La libertad y la justicia, como valores superiores del ordenamiento jurídico, son a su vez pilares básicos para la vigencia del principio de proporcionalidad, por un lado el valor superior "libertad" expresa la opción valorativa realizada por la Constitución y dota de contenido al principio en referencia al inclinar la balanza, en caso de duda, a favor de la efectividad de los derechos fundamentales y por el otro lado, la justicia también resulta un valor básico en la fundamentación del principio, y como señala Larenz en su sentido de prohibición de excesividad, es un principio de derecho justo, que deriva inmediatamente de la idea de justicia, porque se correlaciona plenamente con una idea de moderación y de medida justa en lo que correspondería a un equilibrio

Según el autor **González Cuellar**, cabe afirmar que el principio de proporcionalidad, aun con un profundo anclaje también en la prohibición expresa de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, recibe su sabia normativa del vigor constitucional en la protección de los derechos fundamentales

El verdadero sentido del Estado Constitucional de Derecho lo podremos alcanzar cuando los Derechos Fundamentales sean respetados de forma real, por tanto le corresponde a los distintos Tribunales jurisdiccionales en aquellos casos en los cuales se accede a ellos en busca y defensa de la tutela judicial efectiva, interpretar la Constitución Nacional con una orientación que permita la prevalezca el derecho que se reclama como infringido y que cese el abuso y las medidas cautelares arbitrarias alejadas de toda proporcionalidad.

Por encima de ante la actuación de cualquier autoridad, por más loable que ésta sea, "está la vigencia del Estado de Derecho, donde la Constitución y la ley sean el límite y la directriz de todo acto público y no la arbitranidad y el abuso lo que se convierta en ley. Los Tribunales de Justicia no pueden ser legitimadores de los abusos ni de las extralimitaciones de los servidores públicos y menos aún de las acciones ilícitas de los particulares."<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de 17 de mayo de 1990, Registro Judicial de mayo de 1990, p. 96

## **II. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL**

Los principios son mandatos de optimización que implican una ordenación de que se efectué algo en la mayor medida de sus posibilidades jurídicas claro esta, no son mandatos definitivos porque proporcionan razones que pueden dependiendo de cada caso ser desplazadas por otras razones opuestas, la solución entonces es proceder a la aplicación del principio que mayor peso o importancia posea, es decir, que cuente con argumentos firmes y bien fundamentados

Los principios tienen menos oportunidades que las reglas de aplicarse directamente y parecen funcionar con el máximo esfuerzo y tener mayor peso en los casos difíciles pues con ellos se crean reglas. En efecto, los principios constituyen razones para las reglas y éstas, razones para juicios concretos del deber ser <sup>44</sup>

Para CAFFERATA NORES las medidas cautelares personales son una medida de coerción procesal que implica toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendientes a garantizar el logro de sus

---

<sup>44</sup> (p.e. R. (1993))



finés el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.<sup>45</sup>

Delimitados algunos aspectos conceptuales, cabe indicar que la relevancia del principio de proporcionalidad se centra en garantizar y asegurar que los derechos fundamentales de las personas estén en igualdad de condiciones frente al poder estatal de persecución penal

Los derechos fundamentales deben resguardarse en el proceso penal y al momento de la imposición de una pena restrictiva de la libertad, por tal razón mediante la incorporación a nivel constitucional del principio de proporcionalidad se alcanzara un balance o freno a la detención preventiva.

Partiendo de que el derecho penal es el máximo grado de intervención estatal sobre el individuo y de la necesidad de que sea indubitable la culpabilidad del imputado con respecto a los hechos que se les imputan para que sea sujeto de una sanción penal, debe garantizarse el máximo respeto de sus derechos mientras no se demuestre lo anterior.

El principio de proporcionalidad es un parámetro de conducta que debe guiar al juez para que garantice en todo momento un equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas sometidas a un proceso

---

<sup>45</sup> (p.e. Caferatta (1995))

penal Este principio se manifiesta primordialmente en los momentos en que se impone una medida cautelar o sanción penal.

El Principio de proporcionalidad no atribuye ni permite la arbitrariedad del órgano que deba observarla, sino que le obliga a encontrar una única solución justa, en cambio la discrecionalidad permite a la administración escoger entre un determinado número de alternativas igualmente validas y la autonza para efectuar la elección bajo cterios de conveniencia.

### **III. LA FIGURA DEL JUEZ DE GARANTÍA EN LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD AL DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR**

El Juez de Garantía surge en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley N° 63 de 28 de agosto de 2008 mediante la cual se adopta el Código Procesal Penal, en el cual se establece entre otras cosas que las medidas de coerción restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales

Dispone el artículo 225 que las medidas cautelares que impliquen privación de libertad serán solicitadas oralmente en audiencia y decretadas por el Juez de Garantías, previo requerimiento del Ministerio Público, no obstante, habrá siempre un margen de subjetividad conforme lo pedido.

El fundamento de la actuación del Juez de Garantías en función de la política criminal, debe ser la aplicación del derecho penal mínimo. La mayor exigencia frente al uso de herramientas de tipo constitucional y frente a la dogmática de ponderación, reside en la necesidad de que el Juez analice cada caso en concreto, lo cual trae como consecuencia nuevas exigencias argumentativas.

La primera argumentación es la fáctica donde el Juez debe verificar los hechos de carácter fáctico que le son narrados ya sea por el fiscal o por funcionarios de la Dirección de Investigación Judicial (D.I.J), a partir de las cuales se pretende o solicita una determinada medida cautelar personal, es decir, la narración de los hechos que son materia de investigación.

En el actual Código Procesal Penal se establecen actos de investigación que no requieren autorización del Juez de Garantías, como lo dispone el artículo 325 que señala que cuando existan motivos suficientes para presumir que una persona oculta entre su ropa o adheridos a su cuerpo objetos relacionados con un delito, los miembros de la Policía Nacional podrán requisar o realizar la requisa de la persona. En mi opinión este artículo traerá muchos conflictos en primer lugar por la falta de probidad de las unidades judiciales, el manejo y obtención de las pruebas, es cierto que para la iniciación de la investigación se requiere de la verificación de una sospecha suficientemente fundada de la comisión de una conducta punible, pero no se puede dejar a un lado que la

acción estatal dirigida a verificar esta sospecha genera la intervención institucional y de no efectuarse por personal capacitado y con conocimiento de temas constitucionales, penales y de Derechos Humanos, hay posibilidad de que se vulneren garantías procesales y derechos fundamentales protegidos o no por la Constitución

El Juez de Control de Garantías debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y el acopio de material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionales previstos en la ley para el sujeto investigado y procesado

El Juez de Control de Garantías debe ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías, debe valorar la legalidad y la legitimidad de la intromisión del Estado, claro en virtud de una formulación de cargos de parte del Fiscal en lo que respecta a los derechos fundamentales frente a la necesidad de la persecución penal

La importancia de la causa que se ventila puede perfectamente concebirse como un criterio para aplicar el juicio de proporcionalidad al mismo tiempo que sirve para identificar el interés del Fiscal en la intervención de la esfera de la persona investigada.

Así las cosas, el Juez de Control de Garantías podrá contar con un marco amplio y considerar las circunstancias del caso, la intensidad de la actuación del presunto sospechoso sin que en ningún caso se hagan consideraciones sobre la intensidad del dolo o cuestiones atinentes a la responsabilidad, las modalidades en que se cometió el hecho, así como la naturaleza del bien jurídico tutelado

Otro nivel de argumentación sería la legal, en virtud de ella el Juez de Control de Garantías debe verificar la información obtenida, los elementos de relevancia probatoria, las diversas evidencias, analizar las declaraciones rendidas y confrontarlas a fin estar seguro que conlleven la certeza y la convicción necesaria para aplicar lo que dispone el ordenamiento jurídico

Cabe señalar que si el Principio de Proporcionalidad fuera suprallegal, lo cual no es el caso de Panamá, el Juez de Control de Garantías tendría que efectuar una argumentación que encierra la complejidad del juicio y de la inferencia razonable, lo expongo así puesto que se adelanta la argumentación de tipo factica y luego de verificado que se cumplen los requisitos legales para adoptar la medida cautelar personal restrictiva de la libertad con injerencia u observancia sobre la protección de los derechos fundamentales de una persona debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas.

El juicio no se basaría entonces en una argumentación fáctica ni legal sería empleando una argumentación de tipo constitucional de jerarquía superior. Lo que deseo enfatizar es que se tiene obligatoriamente que identificar el derecho fundamental o la garantía procesal que está en peligro si se adopta una medida cautelar personal restrictiva de la libertad solicitada por el Fiscal, se tiene que ponderar el interés de persecución del delito frente a los Derechos Fundamentales y garantías que pueden ser afectados. Este era el argumento basado en el libro tercero ya derogado del Código Judicial, donde se disponía que basta el simple señalamiento de la víctima en los delitos contra el pudor y la libertad sexual para la indagatoria del sujeto, lo cual es absurdo, muchos atropello pudieron haberse cometido inclusive con dictámenes de medicatura forense en los cuales pudiese existir lesiones y excoiaciones en la víctima que obedecen a hechos aislados como riña o forcejeo para robo, pero nunca de tipo y con fines sexuales.

Ubicando lo expuesto a nuestro entorno cotidiano, se ponderarán el interés concreto que para la Fiscalía que lleva la investigación, pueda tener la adopción de una medida cautelar o la importancia de una medida para la dirección correcta de la investigación o para la recolección consistente de pruebas con los derechos fundamentales de la persona investigada y que se verían eventualmente afectados.

En mi humilde opinión este es el nivel de argumentación que debe tener el Juez de Control de Garantías donde se sitúan de forma clara las exigencias de adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad para aplicar una medida cautelar personal restrictiva de la libertad.

Con el nuevo Código Procesal Penal surgen una triada conformada por la D I.J, la Fiscalía y el Juez de Garantías, quien debe dirigirse a la búsqueda de la verdadera eficacia de la administración de justicia en lo que respecta a celeridad y producción de decisiones sustentadas en la observancia estricta de criterios supralegales y también legales

El Fiscal de la causa debe argumentar su propósito investigativo y ofrecer al Juez de Garantías no valoraciones evidentes, ni meras narraciones de hechos que en su apreciación subjetiva y sustentada en posiciones basadas en un presunto peligro que representa la persona investigada ante la víctima y la sociedad, por el contrario comportarse con probidad y sustentar una formulación de cargos integra basada en pruebas concretas, de lo contrario solicitar sobreseimiento y el Juez de Control de Garantías por su parte velar en todo momento por el respeto a los derechos fundamentales del investigado y aplicando los criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad cuando le soliciten la imposición de una medida cautelar o tenga que imponerla

El Juez de Control de Garantías tiene límites que van a condicionar su actuación, por que él no puede discutir la responsabilidad penal, por el contrario debe ubicar el derecho fundamental que esta en juego y puede ser vulnerado. Debe ponderar los intereses que entran en posible colisión y decidir en función de ello, la adopción de la medida cautelar personal lleva implícita una carga argumentativa previa, respecto de la posible responsabilidad que no puede significar un adelanto al juicio de reproche que se realizará en etapas posteriores

#### **IV. PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES VS DETENCIÓN PREVENTIVA**

Como advierte Silva Sánchez, el principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad abstracta) y la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido contemplado éste en su significado global <sup>46</sup>

Según Mir Puig la mayor dificultad conceptual que suscita el principio de proporcionalidad reside en la delimitación del criterio que se ha de utilizar como medida de la proporcionalidad. En este sentido, un Estado democrático no pueden llevar a cabo tal evaluación a espaldas de la realidad social: la

---

<sup>46</sup> (p e Silva Sánchez (1992))



gravedad de las penas, en consecuencia ha de ajustarse a la nocividad social de las conductas incriminadas <sup>47</sup>

La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado constitucional de Derecho y le asigna una función garantista frente a la actividad del Estado en lo concerniente a la persecución penal

El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión o detención preventiva que aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigirse al imputado que se sometiera a la misma.<sup>48</sup>

Opera también como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente Su razonabilidad es evidente, pues no sería posible que el fin procesal signifique una privación de derechos más grave para el imputado que la propia pena que se le pudiera imponer

La proporcionalidad se refiere sin lugar a dudas a la comparación entre la detención preventiva cumplida que debe ser de última ratio y la eventual pena concreta que se le imponga al imputado.

---

<sup>47</sup> (p e Mir Puig (1990))

<sup>48</sup> (p e. Llobet (1997))

Exigir que el respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos constituya un interés del Estado, también cuando sean adoptadas medidas restrictivas de derechos fundamentales en el proceso penal, no supone más que reclamar el respeto por parte de los poderes públicos de la normativa del Estado de Derecho, pero no es ésta la cuestión a la que aquí se pretende aludir, pues el respeto por los derechos constitucionales debe ser exigido cualquiera que sea la finalidad perseguida, también cuando el interés estatal sea estrictamente de persecución penal. Parece obvio que no puede calificarse al interés en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos como individuales mientras se denomina general al interés estatal de persecución, si no es tras la advertencia expresa de que la salvaguardia de los derechos del individuo es, al mismo tiempo, tanto interés particular como de la comunidad en un Estado de Derecho.<sup>49</sup>

Resulta prioritario aplicar medidas cautelares personales menos lesivas que puedan igualmente asegurar los fines de la detención preventiva, como establecimiento de límites precisos y controles de duración.

Señala Llobet que la doctrina alemana y en Latinoamérica está en general de acuerdo en que la prisión preventiva no puede constituir una pena anticipada, ya que en caso contrario se quebrantaría la presunción de inocencia.

---

<sup>49</sup> (p.e. González-Cuellar (1990))

La cantidad de personas que guardan detención preventiva en espera de juicio excede de la capacidad de nuestros actuales centros carcelarios y esta situación lejos de mejorar con los años, empeora, pues los índices y estudios más actualizados revelan que la población penitenciaria en esta condición, sin sentencia condenatoria crece constantemente y el uso del encierro como medio casi exclusivo de control social es generalizado, espero que con las bondades y novedades que trae consigo el nuevo Código Procesal Penal no solo los fiscales, sino aquellas personas que piensan en presentar actualmente una acusación autónoma con elementos de prueba no pertinentes impida el surgimiento de excesos por un lado y por el otro, que sea excepcional la imposición de una medida restrictiva de la libertad, ya que a detención preventiva aunque se trate de delitos graves debe analizarse la posibilidad de aplicar una medida idónea, necesaria, proporcional y razonable, fundada en pruebas y no en hechos narrados según declaraciones juradas de la víctima

Para finalizar mi investigación considero atinado lo señalado por el maestro **Zaffaroni** cuando dice que “la cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluso, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene” <sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> (p.e. Zaffaroni (1989))

## **CONCLUSIONES**

Luego de concluir mi objetivo en esta investigación de postgrado, seguro de que he comprobado mi hipótesis mis conclusiones son las siguientes

El principio de proporcionalidad es un parámetro de conducta que debe guiar al juez para que garantice en todo momento un equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas sometidas a un proceso penal. Este principio se manifiesta primordialmente en los momentos en que se impone una medida cautelar o sanción penal

El Principio de proporcionalidad es de naturaleza sustantiva, ligado a la noción de justicia, constituye un parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, ya que la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo lo cual se identifica con lo razonable

Se conforma por tres sub-principios, el primero de estos es de idoneidad que exige una adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura, no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido, sino que es necesario que la limitación que sufre el derecho fundamental resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica, en segundo lugar esta el principio de necesidad que se concreta en el principio de intervención mínima y en el plano de conminación legal abstracta, conduce a una configuración del derecho penal de carácter fragmentario y subsidiario y el

tercero de ellos es el principio de proporcionalidad en sentido estricto que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido

La desproporción de una medida puede significar arbitrariedad por parte del Estado, eso puede reclamarse ante los tribunales y solicitar la responsabilidad civil y penal del funcionario que la decreta sin justificación o pruebas en las cuales se pudiera fundamentar.

El principio de proporcionalidad aunque no está regulado taxativamente a nivel constitucional en nuestro país, se puede encontrar su reconocimiento explícito en la ley de procedimiento penal, se convierte en una especie de test sobre la correcta utilización de un método jurídico basado en criterios objetivos y razonables para la aplicación en el caso de nuestro estudio a la aplicación de medidas cautelares

El principio de proporcionalidad surge fundamentalmente como un medio para limitar o frenar la facultad punitiva del Estado, es decir, su derecho a castigar, dado por la tendencia natural de éste, es extender su poder ante los ciudadanos con el consiguiente peligro de que sus derechos se vean vulnerados.

## **RECOMENDACIONES**

Luego de concluir nuestro estudio investigativo y de sentirnos seguros de que se ha demostrado nuestra hipótesis y cumplidos los objetivos planteados recomendamos lo siguiente:

- I. Elevar a rango constitucional el Principio de Proporcionalidad como parámetro obligatorio al administrador de justicia, en primera instancia el Juez de Control de Garantías, a los Tribunales de Juicio y por último a los Jueces de Cumplimiento a buscar una única solución justa al caso concreto, evitando la discrecionalidad subjetiva
- II. La disposición normativa debe ser taxativa en el sentido de que no debe intervenir la voluntad del aplicador de justicia, ya que la concreción del concepto solo puede conducir a una solución justa como ut supra lo indique
- III. Establecer las respectivas responsabilidades tanto penales y civiles al administrador de justicia que aplique una medida restrictiva de Derechos Fundamentales y viole garantías del individuo
- IV. Que la disposición constitucional exija que el administrador de justicia con fundamento en las pruebas exija la ponderación de los intereses en conflicto, es decir, por una parte, el interés de persecución penal ligado al principio de legalidad y por otro, los derechos fundamentales del individuo objeto de un proceso penal



## BIBLIOGRAFIA

AGUADO CORREA, Teresa. El Pnnipio de proporcionalidad en el Derecho Penal, editorial Edersa, Madnd, 1999.

ARANGUENA FANEGO, Coral Teoría General de las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, editorial Bosch, Barcelona, 1991

BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal español, Madrid, 1984

BARNES VASQUEZ, J Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario, Revista de Administración Pública, 1994

BARRIOS GONZALEZ, Boris. Allanamiento, Registro y Secuestro en el Proceso Penal, editorial Portobelo, Panamá, 2005

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Universidad de Valencia, Valencia, 1987

CHAMORRO BERNAL, Francisco La Tutela Judicial Efectiva. Editonal Bosch, Barcelona, 1995

DIEZ RIPOLLES, José Luís. Racionalidad de las Leyes Penales. Editonal Trotta, Madnd, 2003

FALLAS REDONDO, David. Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Editorial Investigaciones jurídicas, S A , San José, 1998

GARCÍA, Antonio y Pablos De Molina Derecho Penal, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madnd, Madnd, 2000

GIL SUAZO, Hipólito La Individualización Judicial de la Pena, Editonal Gabinete de Estudios Culturales, Panamá, 1996

GIL SUAZO, Hipólito y LOPEZ, Ennque. Estudios de Derecho Judicial, edición de la Escuela Judicial, Panamá, 2001

GIMENO SENDRA, Vicente. El Proceso de Habeas Corpus, Editorial Colex, Madrid, 1985

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Editorial Colex, Madrid, 1990

GUERRA DE VILLALAZ, Aura E. La Vigencia del Estado de Derecho en Panamá en el campo del Derecho Penal material, imprenta del Órgano Judicial, Panamá, 1994.

LEVENE, Ricardo Excarcelación y eximisión de prisión, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986

LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. De la Captura a la Excarcelación, Bogotá, Editorial Temis, 1993.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio "Las Medidas Cautelares Reales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal", Revista Tribuna Penal, Medellín, 1987

LUZON PEÑA, D. Curso de Derecho Penal Parte General, Editorial Universitas, Madrid, 1996

LLOBET R , Javier. La Prisión Preventiva, Ediciones Mundo Gráfico, S A , San José, 1997

MAIRE, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1989

MUNOZ POPE, Carlos E. Proceso Debido y Justicia Penal, ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1999

ORTELLS RAMOS, Manuel Para una sistematización de las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, Ediciones RGLJ, Madrid, 1978

ORTELLS RAMOS, Manuel Ongen histónco del deber de motivar las sentencias, Ediciones RGLJ, Madrid, 1977

PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria El Principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana, editorial Akal lure, Madrid, 1999

ROCCO, Ugo Tratado de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, editorial Depalma, Buenos Aires, 1972

SANGUINE, Odone. Prisión Provisional y Derechos Fundamentales, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003

SERRA DOMINGUEZ, M. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil, editorial Barcelona, 1989

SILVA SANCHEZ, J.M Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Bosch, Barcelona, 1992